

Revista N° 7
Setiembre 2010

REVISTA
ESCUELA JUDICIAL
“Fortaleciendo el futuro de la justicia
en Costa Rica”

REVISTA ESCUELA JUDICIAL N°7

Director Escuela Judicial: Dr. Marvin Carvajal Pérez

Subdirector Escuela Judicial: Lic. Mateo Ivankovich Fonseca LL.M.

Coordinador de la publicación: Lic. Román Bresciani Quirós

Jefa Área de Servicios Técnicos Escuela Judicial: M.B.A. Magdalena Aguilar Álvarez

Diseño gráfico, diseño de portada, diagramación y acabado final: Lic. Raúl Esteban Barrantes Castillo

Revisión filológica: Msc. Irene Rojas Rodríguez, Área de Servicios Técnicos, Escuela Judicial

El contenido de la obra es responsabilidad de su autor y no necesariamente reflejan la opinión del Director o de la Escuela Judicial

Hecho el depósito de ley
Derechos reservados

ISSN:1409-4347

ADVERTENCIA

En conformidad con la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, se prohíbe la reproducción, transmisión, grabación, filmación total o parcial del contenido de esta publicación mediante cualquier sistema de reproducción, incluido el fotocopiado. La violación a esta ley por parte de persona física o jurídica, será sancionada penalmente.

Esta obra ha sido producida sin fines de lucro de manera que está prohibida su venta.

ESCUELA JUDICIAL

Lic. Édgar Cervantes Villalta

“Fortaleciendo el futuro de la justicia en Costa Rica”

Teléfono: 2267-1541 – 2267-1540

Fax: 2267-1542

Apartado: 285-3007, San Joaquín de Flores, Heredia

Dirección electrónica: www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial

Ciudad Judicial de San Joaquín de Flores, Heredia, Costa Rica

Consejo Editorial

Consejo Directivo Escuela Judicial

Licda. Ana Virginia Calzada Miranda

Dr. Marvin Carvajal Pérez

Lic. Rafael Angel Sanabria Rojas

Lic. Jorge Rojas Vargas

Lic. Francisco Segura Montero

Lic. Martha Iris Muñoz Cascante

Lic. Jorge Chavarría Guzmán

Lic. Saúl Araya Matarrita

Lic. Francisco Arroyo Meléndez

Presentación

Hacemos entrega a la comunidad nacional e internacional del sétimo número de la Revista Escuela Judicial, el cual se ha nutrido con el invaluable trabajo intelectual de reconocidos juristas costarricenses y de los países hermanos de Brasil y Perú.

Se incluyen diversos tópicos sobre las materias contractual administrativa, constitucional, ambiental, procesal penal, penal, derechos humanos y procesal civil, los cuales esperamos respondan a las expectativas de quienes demandan actualizarse y además estimulen su formación profesional.

La publicación de la presente obra, se realiza en cumplimiento de los objetivos trazados en el Programa de Investigación y Evaluación de la Escuela Judicial, la cual es fiel ejemplo del intercambio y enriquecimiento académico que desde hace ya varios años se está realizando tanto a nivel nacional como internacional.

Además, mediante la presente publicación, la Escuela Judicial procura cumplir con los objetivos de su Programa de Investigación y Evaluación, brindando temas de actualidad que se constituyan en un instrumento de soporte a las diferentes actividades de formación y capacitación que lleva a cabo en el quehacer cotidiano de la labor jurisdiccional.

La Escuela Judicial agradece a quienes aportaron su valioso esfuerzo para hacer posible la publicación de esta Revista, cuyo contenido será fuente de motivación y consulta.

Dr. Marvin Carvajal Pérez,
Director Escuela Judicial

Índice

- | | |
|---|---|
| 1. Reflexiones sobre la fiscalización de los contratos administrativos
Pag: 7 | Billy Araya Olmos |
| 2. La Americanización del Derecho Constitucional y sus paradojas
Teoría y Jurisprudencia Constitucional en el mundo contemporáneo
Pag: 27 | Luís Roberto Barroso |
| 3. El proceso de asesoría jurídica al Tribunal Ambiental Administrativo
Pag: 63 | Daniel Montero Bustabad |
| 4. Las medidas cautelares de carácter personal en materia penal, notas
sobre aspectos prácticos
Pag: 77 | Alejandra Rojas Calvo
Ricardo Madrigal Jiménez |
| 5. Influencia de los juicios paralelos por los medios de comunicación
colectivo en el proceso penal
Pag: 99 | Raymond Porter Aguilar |
| 6. Reflexiones sobre Jurisprudencia de la Corte Interamericana de
Derechos Humanos: Libertad de expresión y Libertad de pensamiento
Pag: 123 | Laura Soley Gutiérrez |
| 7. Temeridad y malicia procesales al banquillo:
Crónica de dos lácras jurídicas que pretenden consolidarse
Pag: 145 | Jorge Isaac Torres Manrique |
| 8. Algunas consideraciones en torno a la ejecución contractual en la
contratación administrativa costarricense
Pag:201 | Ana Lía Umaña Salazar |
| 9. El control de razonabilidad de la leyes en la jurisprudencia de la
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia
Pag: 213 | Marvin de Jesús Vargas Alfaro |

Reflexiones sobre la fiscalización de los contratos administrativos

Billy Araya Olmos*

Resumen

Los criterios técnico-jurídicos deben imperar en la verificación y fiscalización de los contratos administrativos. Esta actividad no es más ni menos que una potestad de imperio y está regulada al amparo del artículo 13 de la Ley de Contratación Administrativa de Costa Rica como Derecho de Fiscalización. Anteriormente, era ejercida por el órgano fiscalizador del contrato, persona u órgano-individuo designado por la respectiva administración, en los términos del numeral 15.2.3 del entonces Reglamento de Contratación Administrativa (Decreto Ejecutivo N.º 25038). Derogado este, mediante Ley N.º 8511, es el artículo 8.g del actual Reglamento de Contratación (Decreto Ejecutivo N.º 33411) que, mutatis mutandi, le denomina ahora como Encargado general del contrato, cuyas funciones no distan mucho de su antecesor. Empero, el debate surge de los eventuales perjuicios que podría irrogar sobre las finanzas públicas la ausencia de fiscalización contractual de cara a lo planteado por la última normativa en cuestión, la cual admite la fiscalización tan solo para los contratos de mayor complejidad. Ante este panorama, se propone una medida de posible solución al final de este trabajo.

Introducción

Es un hecho conocido que en otros tiempos la forma habitual para concretar negocios era mediante el trueque, instrumento comercial primitivo utilizado para comprar y vender alimentos, ropa o armas. Seguidamente, este vetusto instrumento contractual evolucionó principalmente en la antigua Roma que, gracias al pragmatismo y formación científica de sus juristas, concibió el denominado locatio conductio o contrato de arrendamiento, modulado en tres categorías: locatio conductio rei o arrendamiento de cosas, locatio conductio operis o arrendamiento de obras y locatio conductio operarum o arrendamiento de servicios.

Importa destacar que las precitadas figuras sugerían, en primer lugar, el arrendamiento de bienes u objetos. Dentro de este supuesto se incluía a los esclavos a quienes se les consideraba tan solo como cosas o rei. La segunda categoría evocaba más bien la realización de obras por una determinada paga y quien asumía todo el riesgo sobreviniente era el propio contratista, obligado a entregar el bien totalmente acabado. La tercera consistió en la prestación de servicios por cuenta de un particular, quien tenía la facultad de fijar el costo en proporción al tiempo invertido, empero no asumía riesgo alguno por eventos sobrevivientes. (García, 1987, p. 11-12).

* Licenciado en Derecho, profesor universitario y funcionario de la Inspección Electoral del Tribunal Supremo de Elecciones.

Sin mayor esfuerzo, se abstrae que la contratación administrativa reposa, sustancialmente, en la fusión operis-operarum, es decir, el deber que recae sobre la Administración Pública de contratar con particulares bienes o servicios para satisfacer las necesidades que padece el conglomerado social. Naturalmente, el fin público o bien común es su finalidad constante y se compone de la suma coincidente de los intereses de cada administrado (vid. Art. 113, Ley General de la Administración Pública, en adelante LGAP), lo que a su vez origina la distribución equitativa de las cargas sociales en forma equitativa. (Vid. Art. 33 Constitución Política).

De ahí que no es viable afirmar, en strictu sensu, que la posición de la Administración Pública en un contrato administrativo es la de potentior persona, porque actúa siempre unilateralmente, sino más bien, su papel debe ser el de una especie de patrocinador o gestor que centra sus esfuerzos en la prestación del servicio público. Esta concepción moderna, deriva de la escuela realista o de Burdeos a inicios del siglo pasado. Diametralmente distinta al contrato de derecho privado, en el que la dotación de todos esos recursos persigue réditos, tan solo a favor de las partes contratantes.

De acuerdo con lo anterior, en nuestro medio, el Constituyente diseñó la licitación pública, para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, [...], de acuerdo con la ley –Ley de la Contratación Administrativa, en adelante LCA– en cuanto al monto respectivo. (Vid. Art. 27 LCA).

En ese mismo sentido, la licitación desplegará todos sus efectos, pero con absoluta sujeción a los preceptos de libre competencia; igualdad en el trato hacia todos los oferentes; justicia y equidad; publicidad; legalidad; transparencia en el procedimiento contractual; eficiencia; responsabilidad; seguridad jurídica; formalidad del procedimiento; equilibrio de intereses o respeto de la ecuación económica; buena fe; mutabilidad; fiscalización; intangibilidad patrimonial; libertad de contratación; control: jurídico, económico, financiero, contable; y disponibilidad presupuestaria (cfr. votos SC n.º 947, 6432 y 998 todos de 1998).

Por otra parte, surgen los controles como mecanismos técnicos para la sana administración de los fondos públicos, los cuales se erigen, paralelamente, como filtros sutilmente orquestados para la menor afectación al erario. Por tanto, resultan ser preeminentes durante todo el íter contractual, esto es, a partir de la voluntad de la Administración para forjar el pacto hasta el finiquito del mismo.

De ahí que el contrato administrativo se bifurca en dos importantes secciones, formal y material. La primera, podríamos denominarla verificación del procedimiento, obligación conjunta de la administración contratante como del oferente (cfr. arts. 9 y 21 LCA).

En tanto, la Administración está llamada a constatar el recurso humano, técnico y económico disponible para evitar cualquier entorpecimiento en la sucedánea ejecución material del contrato.

El oferente, por su lado, ha sido llamado a verificar, pormenorizadamente, todos los aspectos contemplados en el cartel de licitación porque en el supuesto de imposibilidad material o ilegalidad manifiesta, inconveniente a sus propios intereses o al interés público, estará legitimado para interponer el recurso de objeción previsto por la ley (vid. arts. 81 ss LCA). En defecto de lo anterior, no podrá argüir a posteriori, durante la etapa de la ejecución contractual, desconocimiento alguno.

Autorizada la contratación en lo interno del ente u órgano público adjudicante, si fuera procedente, la Administración deberá gestionar su aprobación o refrendo ante la Contraloría General de la República, como

parte del control intrínseco a ese órgano de fiscalización superior, lo cual se funda en el mandato constitucional 183.3, en tanto, No se admitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría, ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella.

Aprobado el contrato, por jerarquía impropia monofásica (CGR), el contrato adquiere suficiente eficacia jurídica para verter sus efectos sobre la relación contractual. A partir de este momento, previa satisfacción de la garantía de cumplimiento, el o la contratista podrá recibir la orden de inicio, documento que contiene datos, tales como: la fecha de entrega del bien o inicio del contrato, objeto y cantidad. Sin embargo, el autor considera que, por principio de buena fe contractual, la Administración debe plasmar en la orden respectiva las responsabilidades atinentes a causa del incumplimiento en el plazo de entrega o inicio de la ejecución contractual, a pesar de haberlo consignado en el cartel de mérito, pues no existe óbice alguno para transcribir, íntegramente, en ese documento, el texto del numeral 198 del Reglamento de Contratación Administrativa, en adelante RCA, que a su letra dispone:

Art. 198.- Prórroga del plazo. A solicitud del contratista, la Administración, podrá autorizar prórrogas al plazo de ejecución del contrato cuando existan demoras ocasionadas por ella misma o causas ajenas al contratista.//El contratista solicitará la prórroga dentro de los diez días hábiles siguientes al conocimiento del hecho que provoca la extensión del plazo y la Administración contará con igual plazo para resolver si procede o no. Si la solicitud se hace fuera del plazo, pero estando aún el contrato en ejecución, la Administración podrá autorizar la prórroga, en caso de estar debidamente sustentada, siempre que esté vigente el plazo contractual.

Perfeccionada la etapa formal, la contratación ingresa a un estado eminentemente material, es decir, la entrega de la cosa. Para lo cual es pasible el derecho de fiscalización; actuación administrativa que deben desplegar los funcionarios y las funcionarias, formalmente investidos pero en contraste con la complejidad del contrato referido.

Paralelamente, este derecho (vid. Art. 13, párrafo 1° LCA) adquiere el matiz de potestad pública o de imperio, asimilable a una cláusula exorbitante del contrato común. Adicionalmente, la norma dispone que *Si la Administración no fiscaliza los procesos, eso no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder (vid. Art. 13, párrafo 3°)*, pues está claro que la omisión administrativa no podrá traducirse jamás en carta de naturaleza para la negligencia del particular, quien también está obligado a fiscalizar sus propias acciones, puesto que *Los contratistas están obligados a cumplir, cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato. (Vid. Art. 20 LCA).*

Entretanto, llama la atención la discrecionalidad utilizada por algunas administraciones para delegar tan relevante tarea en personas servidoras que carecen del mínimo conocimiento técnico o la pericia del caso para dimanar acciones, tendientes a que el contratista corrija cualquier traspié durante la ejecución del contrato, lo cual quebranta, sin lugar a dudas, el precepto jurídico que condiciona el dictado de los actos administrativos a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica o principios elementales de justicia, lógica o conveniencia. (Vid. Art. 16.1 LGAP).

Por otra parte, sucede que la contraparte técnica de la Administración, la persona funcionaria que actúa generalmente en forma individual, comúnmente, no es la más idónea para satisfacer las labores asignadas

e, incluso, carece de un pago por responsabilidad en esa específica función. Esto último podría también atentar en contra del principio de la primacía de la realidad que predica una contraprestación económica para la persona servidora en función de las actuaciones materialmente desplegadas y no tanto en virtud de las tareas para las cuales fue contratada. En particular, a consecuencia de decisiones que irroguen algún perjuicio en contra de una persona tercera o de la propia administración (cfr. arts. 149. a, 203 y 211 LGAP), por lo cual importa introducir en la legislación nacional un instrumento normativo que cohabite con el interés público, esencialmente en la regular, continua e igualitaria prestación del servicio público, no obstante, sin traer a menos los derechos o la estabilidad laboral e, incluso, psíquica de las personas funcionarias llamadas a fiscalizar las compras del sector público.

I. Tipos de control

1. Intersubjetivo

Es común que el Gobierno de la República delimite una serie de mecanismos de índole político, promoviendo el bien público para solucionar las necesidades de las personas administradas. A ese efecto, se generan políticas de programación o planificación, instrumento que coadyuva al Ejecutivo en la toma de decisiones a corto, mediano y largo plazo, para proyectar la actuación y la gestión administrativa que orientan los objetivos, metas y fines a cumplir. Del mismo modo, tales políticas obtienen basamento de la Ley de Planificación Nacional, cuyo órgano rector, es el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica.

Dentro de ese mismo dimensionamiento, descansan las Directrices, actos administrativos atípicos, cuya eficacia no es directa ni inmediata, sino diferida en el espacio y el tiempo, dado que surte efectos hasta su adopción por parte de los entes públicos. Asimismo, la Coordinación advierte sobre eventuales duplicidades en las diferentes actividades del complejo engranaje iuspublicístico. Por su lado, el Control se comporta como contralor de oportunidad y legalidad. Por este motivo, el instituto de la fiscalización debe orientarse por el principio de legalidad, para lo cual es preeminente el equilibrio entre la sustancia y la forma, debido a que la repetida potestad se erige como una ramificación del propio Control Interno.

En otros términos, las disposiciones gubernamentales se instituyen como políticas orientadoras que el Ente Público Mayor o Estado comunica a los entes públicos menores o descentralizados, mediante el instrumento denominado tutela administrativa. Su objeto se centra en que estos últimos asimilen los lineamientos generales o específicos para la satisfacción del interés general, en la materia de su competencia.

Dentro de ese mismo hilo conductor, se abstrae que son vinculantes para todos los entes públicos descentralizados (institucionales, territoriales y corporativos) solamente las políticas de planificación nacional y de control, puesto que están desvinculadas las 81 corporaciones locales de nuestro país así como los entes corporativos profesionales, agrarios e industriales de todo lo concerniente a las directrices emanadas del Gobierno central (cfr. art. 99 LGAP).

Esto obedece al grado de autonomía política, financiera y de gobierno que recae en su esfera jurídica. Es decir, pesa sobre estos entes tan solo el deber residual de sujeción a las políticas programáticas que dicta MIDEPLAN en materia de su competencia, para actividades, verbigracia, la confección de los POAS (Planes Operativos Anuales) para planificar la adquisición de los bienes y servicios por adquirir dentro de un determinado ejercicio económico. En otras palabras, la satisfacción de los requerimientos de la sociedad se erige como el fin vinculante del contrato administrativo. A partir de lo cual deriva, ineluctablemente, la fiscalización que recae en cabeza de los administradores públicos, investidos como contraparte técnica o fiscalizador de la etapa de ejecución contractual.

2. Control Contable

Está expresamente contenido en la Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos, N.º 8131 del 04 de setiembre de 2001, artículo 17 y siguientes. Se divide en dos tipos, a saber: a) interno y b) externo; el primero es ejercido por las unidades de control interno de cada Administración Pública, encargadas de vigilar los subprocesos o actividades encomendadas, en los términos de la Ley General de Control Interno, N.º 8292 del 18 de julio de 2002.

Por otra parte, la Contraloría General de la República ejerce el control externo. Mediante las facultades concedidas por la Carta Fundamental en el canon 183, según páginas atrás. Por lo tanto, el Derecho de la Constitución es el que le brinda sustento a la labor de este órgano constitucional de desconcentración máxima.

a) Control Interno

La Ley General de Control Interno, N.º 8292 del 18 de julio de 2002, publicada en la Gaceta n.º 169 del 04 de septiembre de ese año, instauró dentro de la Administración Pública la puesta en práctica de un sistema de controles, *los cuales deberán ser aplicables, completos, razonables, integrados y congruentes con sus competencias y atribuciones institucionales. Además, deberán proporcionar seguridad en el cumplimiento de esas atribuciones y competencias. (Vid. Art. 7 LGCI).* Toda vez que tales controles buscan diversos fines, v. gr., *a) Proteger y conservar el patrimonio público contra cualquier pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad o acto ilegal.//b) Exigir confiabilidad y oportunidad de la información.//c) Garantizar eficiencia y eficacia de las operaciones.//d) Cumplir con el ordenamiento jurídico y técnico. (Vid. Art. 8 LGCI)*

Dicho de otra forma, el control interno procura evitar el despilfarro o uso indebido de los activos institucionales; es decir, los asignados a todas las Administraciones Públicas. Interesa comprender, además, que los bienes privados de la Administración, tales como: vehículos, infraestructura, mobiliario y maquinaria no son propios, es decir, se adquieren para brindar condiciones adecuadas de servicio a la comunidad. Por ello, no es posible inferir como negativamente lo hacen algunas personas, que tales están dentro de la esfera particular de cada persona funcionaria, sino más que se ha puesto bajo su recaudo para administrarlos. Dentro de esta tesitura, también conviene introducir planes de acción y de contingencia que permitan disminuir el riesgo o al menos minimizarlo, con antelación a la compra de bienes y servicios de mano de los particulares.

Lógicamente, como cualquier negocio, la contratación administrativa también genera riesgos, algunos susceptibles de transferir mediante la garantía de cumplimiento que rinde el contratista previa adjudicación (vid. Art. 34 LCA). Empero, no todos los riesgos son susceptibles de tal proceder, principalmente porque existen algunos que la propia Administración debe asumir, siempre bajo un nivel de riesgo aceptable, por ejemplo, en el supuesto de arrendar una máquina fotocopidora, el ente deberá prever con la antelación debida un determinado porcentaje de fotocopias defectuosas o borrosas. Este rubro eventualmente podría incluirse dentro del costo por concepto de mantenimiento; pero siempre dentro del mismo contrato. Sin embargo, al apreciar que ese porcentaje de fotocopias defectuoso sobrepasa el rédito o ganancia programada por el Departamento de Proveeduría, será, por ende, la contraparte técnica, el órgano encargo de informar, inmediatamente, al adjudicatario para que este último adopte las medidas necesarias.

Por lo tanto, ¿cuál es el quid del control interno? Que los costos guarden proporción con los objetivos trazados, pues debido al principio de razonabilidad de los costos en contratación administrativa, estos nunca deben sobrepasar la finalidad propuesta por el ente e impuesta por el ordenamiento jurídico. Por ese motivo, son las personas usuarias finales de los servicios, quienes, por lo general, prestan, *intuitu personae*, el servicio público al

administrado y quien mejor conoce el proceso de manufactura del bien. De ahí que el canal informativo entre este y la contraparte técnica del contrato debe ser sumamente ágil y eficaz, con el objeto de que los riesgos puedan ser disminuidos. Esta es la concepción de riesgos de la contratación y los controles contingenciales que debe operar dentro de la organización administrativa.

De lo expuesto, resulta aleccionador el tan comentado caso del Hospital de Alajuela, cuya obra una vez finalizada, O.H.L. Compañía Consultécnica, en lo absoluto compensó las expectativas de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS). Con un proyecto de tan alto cuántum, alrededor de USD\$3000000000 (treinta millones de dólares americanos), lo menos esperado era la ineficiente fiscalización de la obra, dado que el problema incidió, concretamente, en que el hospital fue recibido de conformidad por los personeros de la CCSS y, tiempo más tarde, empezó a florecer un sinnúmero de denuncias de parte de pacientes y del mismo personal del nosocomio.

Sobre lo sucedido, recuerdo que a efectos de una investigación de carácter personal, hace algún tiempo, mantuve una breve conversación con el ingeniero Miguel Salvatierra, destacado en la Auditoría de la Caja, quien me comentó que, aparentemente, al final de la obra, la CCSS regresó la garantía de cumplimiento al contratista. De ahí que se dejara en un estado de indefensión. A pesar de que poco después se realizaron diversas pesquisas, a esa fecha aún no se había concretizado nada, porque el asunto se encontraba en la etapa de investigación preliminar en el Ministerio Público.

Por su parte, está claro que era la contraparte técnica del proyecto, el funcionario llamado a impedir el regreso de esa garantía al proveedor, pues era su tarea, durante la etapa de ejecución del proyecto, según la disposición normativa de ese entonces, *advertir, a quien corresponda de acuerdo con el régimen interno, la conveniencia de introducir modificaciones o señalar correcciones en la ejecución, recomendar la ejecución de las garantías o bien la rescisión o resolución del contrato cuando advierta fundamento para ello.* (Vid. Art. 15.3 RCA-derogado en 2006).

Contrariamente, según comentaba el ingeniero Salvatierra, ese órgano se componía de una Unidad Ejecutora, representada por funcionarios de la Institución y se contrató, adicionalmente, una empresa española para complementar la fiscalización de la obra. Entre ambas partes, supuestamente, existió un control recíproco o cruzado en la fiscalización del proyecto. Por esta razón no debía haber lugar a errores, sin embargo, la logística falló y no se cumplieron los resultados esperados.

Ante este panorama, se presumen graves duplicidades que aún en la actualidad se están dando en muchos sectores de la Administración Pública, a lo cual es preciso zanjarlos con la urgencia del caso, pues nótese que so pena del costo del proyecto, la CCSS se dio el lujo de contratar una empresa para coadyuvar en la fiscalización, actuación que más bien produjo resultados negativos a las finanzas públicas.

Por tanto, es necesario reflexionar en controles con un mayor grado de eficacia y economía. Sobre el particular, Berenguer (1966, p. 347) afirma: *La conservación y unificación de los controles vienen realizadas de manera total a la máxima fiscalización financiera que es la base de una buena gestión de la pública finanza.* Justamente este es el papel de la Contraloría General de la República como fiscalizador superior de la Hacienda Pública, quien a su vez ejerce el control externo o forense de la función pública y, concretamente, de los contratos administrativos.

b) Control externo

El control externo es responsabilidad de la Contraloría General de la República, *respecto de toda la Administración descentralizada es de carácter legal-contable y no de naturaleza política, como es el que, en cambio, ejerce la Asamblea Legislativa sobre los Presupuestos Nacionales.* (Valle, 1994, p. 250). Sustancialmente, la actual Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, afirma que, *El control externo corresponderá a la Contraloría General de la República, de acuerdo con su Ley Orgánica y las disposiciones constitucionales.*

Adscrita al Congreso como centinela de la Hacienda Pública, goza de independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus funciones. Desde esa óptica, el artículo primero de su Ley Orgánica le atribuye el control superior de la Hacienda Pública, y en el tercero *ibidem*, le faculta como *amicus curie*, es decir, coadyuvante en procesos jurisdiccionales en que estén involucrados la Hacienda Pública o los fondos privados sujetos a su propio control o fiscalización.

Por otra parte, sectores de la doctrina expresan que es inminente una reforma constitucional para dotar a la CGR de personalidad jurídica, según lo expone Romero (2006, p. 106-107) quien trae a colación el sinnúmero de funciones que ejecuta ese órgano, puesto que

[...] debe encargarse del control de la eficiencia, de la Administración (artículo 17 de su Ley Orgánica) de la fiscalización y aprobación de los presupuestos de numerosos grupos de entes públicos (artículo 18 ibidem), aprobar los contratos que celebre el Estado (artículo 20 ibidem) de aprobar y examinar las liquidaciones presupuestarias de esos entes, de realizar auditorías sobre los entes públicos y aquellos que manejen fondos de tal naturaleza (artículo 21 de la Ley señalada).

Coincidimos, parcialmente, con el argumento del Dr. Romero, en el sentido de que en su esfera jurídica subyace una interesante paradoja, manifiesta en la injerencia constitucional vertida sobre la conducta de los entes públicos descentralizados y del Gobierno central –v. gr. refrendo– que, como es sabido, son todos sujetos de derechos y obligaciones, es decir, ninguno de ellos carece de personalidad jurídica. No obstante, la perspectiva es eminentemente formal, porque si bien es cierto, La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores (voto SC. n.º 3607-94 de las 15:15 hrs. del 19 de julio). (El énfasis no es del texto original). Subsidiariamente, tenemos con Rubén Hernández (1994:28) que [...] la relación de independencia sólo puede darse entre sujetos ubicados en el plano de igualdad jurídica, por lo que esa relación se traduce en un intrincado y complejo sistema de pesos y contrapesos. (Delineado no es del original).

Ergo, la Contraloría General está facultada para examinar la actividad presupuestaria de las Administraciones Públicas, por mandato constitucional. En efecto, en el Proyecto de Ley Para la Reorganización de La Administración Financiera de Costa Rica (1945, p. 31), la Secretaría de Hacienda y Comercio de Costa Rica, citando un fragmento de la obra intitulada El Control de los Gastos Públicos del tratadista León Rebollo Paz, enfatizó:

[...] si la constitución acuerda al Congreso, la facultad de aprobar o desechar las cuentas de inversión del Estado, es de toda evidencia que el Congreso puede crear, por ley un Organismo dotado de la independencia necesaria para el estudio y juzgamiento

de esas cuentas, sin perjuicio, claro está, de la facultad de supervisión, diríamos que a dicho poder corresponde. Por eso entendemos que ese Organismo puede y debe ser una entidad totalmente extraña al poder administrador. Esta independencia de la Contraloría, sobre ser rigurosamente ajustada al sistema constitucional que nos rige, es el único medio que puede asegurar su eficiencia como instrumento de control de los gastos públicos, como se ha reconocido sin disputa, en países extranjeros con una legislación bien perfeccionada.

Finalmente, la finalidad del control y fiscalización superiores de la CGR, persigue salvaguardar la legalidad y la eficiencia de los controles internos así como el manejo de la Hacienda Pública (vid. Art. 11 LOCGR). En ese mismo sentido, dicho control extiende sus brazos a la eficiencia de la Administración Pública, en virtud de lo cual está facultada para rendir los informes, conclusiones y recomendaciones al efecto de prevenir y dictar las medidas las procedentes (vid. Art. 17 LOCGR).

Colateralmente, la Administración está obligada a rendir a la Contraloría, informaciones relacionadas con su actividad contractual, por ejemplo cuando un órgano director de un procedimiento correctivo de contratación administrativa sanciona a un determinado contratista con apercibimiento (vid. Art. 99 LCA) o inhabilitación (vid. Art. 100 LCA), en los términos dispuestos por las normas infralegales establecidas por el órgano contralor, para la tutela del control y fiscalización superior de las finanzas públicas (vid. Art. 101 LCA).

II. Fiscalización de la ejecución contractual

Previamente, es válido afirmar que la ejecución contractual, ejecutada en tiempo y forma, se traduce en la tutela efectiva del interés público, ya que las obras deben ser ejecutadas con estricta sujeción a lo ofertado y a las estipulaciones, previamente instauradas en el respectivo cartel o pliego licitatorio, porque el interés público se traduce en la actuación estatal ligada al bien común y público; es decir, la materialización de los intereses de la comuna, de forma prioritaria dentro de la agenda de la Administración Pública.

Del mismo modo, deberán migrar al terreno de la realidad, todas aquellas promesas y estipulaciones jurídicas formales, aportadas adicionalmente por los y las oferentes. A ello se aúna lo dispuesto en la norma especial que al respecto la Ley dispone que

Los contratistas están obligados a cumplir, cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato. (Vid. Art. 20 LCA). (Énfasis es suplido).

Por otra parte, es un hecho conocido que el particular se erige como el director-ejecutor de la obra, mientras que la Administración activa en supervisor de las actuaciones de aquel, estableciéndose como esencial premisa que las diligencias de ambas partes deben estar siempre ajustadas a derecho. Por ende, será entonces en el terreno de la ejecución contractual, a saber, a posteriori de la consumación del proceso de adjudicación y hasta la concreción de la obra o efectiva entrega del bien o suministro, es decir, el finiquito contractual. Por tal motivo, debe afrontar cualquier espectro de responsabilidades y/o sanciones, de forma proporcional al régimen jurídico vigente en el supuesto de incumplimiento parcial o total, salvo casos de fuerza mayor como situaciones previsibles de mano de la naturaleza, mas no imbatibles.

1. Generalidades

a. Fisco

Fiscus es la raíz latina del término fisco, concepto del que procede el verbo fiscalizar. En palabras del maestro Couture (1988, p. 293-294) el precitado latinazo –fiscus– debe su nombre a una especie de cesta hecha de mimbres o juncos donde los romanos depositaban el dinero. Con el devenir de los años, se le denominó, asimismo, al tesoro de los príncipes, consideración cuyo objeto era distinguirlo del Tesoro Público que recibió, a su vez, el apelativo de Erario; es decir, debido a la incompatibilidad entre el patrimonio del Emperador y los bienes destinados al pago de los gastos estatales.

Siglos más tarde, en España, se adoptó la antes citada clasificación romana, denominándose *fisco* o *cámara del rey* al tesoro o patrimonio de la casa real y *Erario* al Tesoro Público o del Estado, pues en tiempos modernos, ambos conceptos fueron acuñados en el vocablo FISCO. Respecto a este último, la persona jurista lo define como *Erario, Hacienda Pública; patrimonio del Estado constituido por bienes propios y por las rentas provenientes de sus diversos ingresos*.

b. Origen

La fiscalización durante la etapa de ejecución contractual –al menos en sede administrativa– deviene de la potestad de imperio en cabeza de la Administración adjudicante, entendida esta como prerrogativa del poder público o cláusula exorbitante tácitamente consignada en el cartel de licitación con vista de la voluntad unilateral de esta. Es decir, deriva de la potestad de control irrenunciable, intransmisible e imprescriptible que converge jurídicamente como un derecho público subjetivo de la Administración y de aplicación irrestricta por disposición del ordenamiento jurídico.

Por conducto del mencionado instituto, el administrador público cumplimenta las diligencias de un buen padre de familia, en la atención de las diversas necesidades públicas, v. gr.: salud, seguridad social, orden público, ornato, entre otras, de la mano de un eficiente aprovechamiento de los recursos en contraste con el inminente control del gasto público. De igual forma, sobre el tema de las cláusulas exorbitantes en el derecho administrativo contractual, don Eduardo García De Enterría ilustra:

La prerrogativa del poder público por excelencia con que la Administración cuenta en sus contratos administrativos es, sin duda ninguna, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone el deber de su cumplimiento inmediato con la carga de la impugnación contencioso-administrativa si está disconforme con su legalidad; [...] en virtud de este formidable privilegio, la Administración puede exigir ejecutoriamente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, formal), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de éstas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato (rescisión, en la terminología administrativa), la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución final de la fianza. (García de Enterría, 1963, p. 63).

Así se desprende que las cláusulas exorbitantes del contrato administrativo son aquellas, v. gr.: modificación, rescisión y resolución unilateral del contrato, dirección y fiscalización de la actividad del contratista. Por de pronto, la Administración Pública y, en particular, la contraparte técnica del contrato tiene el poder-deber de ejercer la fiscalización durante la etapa contractual, dado que *la Administración tiene la potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas.* (Art. 13, p. 2º LCA).

Aparentemente en desacuerdo con la tesis hilvanada, es decir, la ubicación geográfica de las cláusulas exorbitantes en el derecho administrativo contractual, discrepa el jurista José Luis González Berenguer, para quien

los poderes de dirección, de control y de vigilancia pertenecen a la Administración como poderes originarios, inalienables e imprescriptibles. Lejos de ser de naturaleza contractual derivan del fin mismo perseguido [...] no son más que una “reacción de la idea de servicio público sobre el contrato” y traducen en realidad el poder público mismo. (González Berenguer, 1966, p. 26-27). (El delineado no corresponde al texto original).

Ahora bien, agrupando ambas tesis, la primera, enfocada primordialmente en la teoría de los actos de autoridad del poder público frente a la teoría de los actos de gestión del Estado, arribamos a la siguiente conclusión: **las cláusulas exorbitantes del contrato administrativo no son más que prerrogativas del poder público, per se, potestades todas ellas inseparables y resguardadas al socaire del derecho externo del contrato, pues son primigenias o anteriores a este. Por tal razón, constituyen buena parte el derecho orgánico mismo de la Administración Pública.**

2. Órgano fiscalizador

Ciertamente, a lo largo de este estudio, se ha denominado al órgano-individuo, encargado de ejercer la fiscalización del contrato administrativo durante su ejecución, como *contraparte técnica*. Pero es a todas luces, más acertado –a criterio del autor–, denominarle simplemente, *Órgano fiscalizador* (en adelante ÓF), lo cual se debe a la llaneza terminológica del citado concepto que merma las ambigüedades y, además, es comprensible tanto para la persona técnica como para la lega en la ciencia jurídica.

Por su parte, la fiscalización tan solo es posible, solo si efectivamente el contrato de marras ha sido objeto de autorización y aprobación, interna o externa, por la Administración negociante o la Contraloría General de la República, respectivamente, según lo expuesto *ut supra*. De esta forma, para no dejar acéfala la etapa material del contrato, el Poder Ejecutivo precisó en el artículo 15.2.3 del entonces Reglamento de Contratación Administrativa –derogado– la figura del ÓF, con el fin de controlar las actividades de la persona contratista, intrínsecas a la etapa de ejecución contractual para tutelar, asimismo, el derecho de fiscalización incardinado en el numeral 13 LCA, vigente. Por tanto, importa señalar a suerte de ilustración, que la normativa infralegal antes señalada sobre el particular disponía:

15.2. Para el efectivo ejercicio del derecho de fiscalización la Administración designará un órgano que asumirá la obligación de tomar oportunamente las providencias necesarias para que el contratista se ajuste al estricto cumplimiento de las condiciones, especificaciones y plazos establecidos en el contrato y demás obligaciones implícitas en éste.//15.3. Corresponde a dicho órgano verificar el cumplimiento del objeto de

la contratación, advertir, a quien corresponda de acuerdo al régimen interno, la conveniencia de introducir modificaciones o señalar correcciones en la ejecución, recomendar la ejecución de las garantías o bien la rescisión o resolución unilateral del contrato cuando advierta fundamento para ello.

Curiosamente, una norma de similar contenido habita en el Derecho comparado español, toda vez que el órgano de contratación –según se le conoce en España al ÓF– ejerce las funciones de dirección e inspección de los contratos administrativos, facultades consagradas por los numerales 94 y 95 del Reglamento del Texto Refundido de la Ley de Contratos Públicos (RG-TRLCAP). Bajo esa inteligencia, el articulado en mención señala:

Artículo 94. Dirección e inspección de la ejecución. 1. La ejecución de los contratos se desarrollará, sin perjuicio de las obligaciones que corresponden al contratista, bajo la dirección, inspección y control del órgano de contratación, el cual podrá dictar las instrucciones oportunas para el fiel cumplimiento de lo convenido.//2. Los pliegos de cláusulas administrativas, generales y particulares, contendrán las declaraciones precisas sobre el modo de ejercer esta potestad administrativa.

Art. 95 Facultades del órgano de contratación en la ejecución del contrato. Cuando el contratista, o personas de él dependientes, incurra en actos u omisiones que comprometan o perturben la buena marcha del contrato, el órgano de contratación podrá exigir la adopción de medidas concretas para conseguir o restablecer el buen orden en la ejecución de lo pactado.

a. Definición de ÓF

Es el móvil de la Administración contratante para vigilar e inspeccionar el modo y la forma de la ejecución contractual por parte del contratista, verificando en consecuencia, el fiel apego al cumplimiento de los términos pactados dentro del contrato administrativo, indiferentemente que la modalidad de este sea de tracto sucesivo o instantáneo. Por lo cual, en el escenario de cualquier irregularidad, tratándose de la conducta del contratista, está facultado de compelerlo a lo que indica la letra del convenio contractual.

De lo anterior se infiere que en el supuesto de incumplimiento tardío o defectuoso del objeto contractual, la Administración por intermedio del ÓF deberá instar al contratista a ejecutar las medidas correspondientes, conteste a las reglas técnicas de sentido unívoco (cfr. Art. 16 LGAP). En su defecto, será procedente la instrucción del respectivo procedimiento correctivo sancionatorio en contra del contratista. Aflorarán pues de la comprobación del presunto incumplimiento, sanciones tales como: la ejecución de las cláusulas penales, de las garantías cumplimiento, resolución contractual, apercibimiento o inhabilitación, acompañadas todas estas de la respectiva indemnización en daños y perjuicios irrogados a la Administración.

3. Enfoque histórico del ÓF dentro del marco normativo costarricense

No es contemporánea la existencia del ÓF dentro del marco contractual administrativo, ya que sus antecedentes se remontan a la Costa Rica del siglo antepasado, según lo refieren los puntos que en breve se exponen.

a. Contrato, Reforma y Estatutos de la Compañía de Teléfonos de Costa Rica

Corría el año de 1895, durante la Administración de don Rafael Yglesias Castro (1894) (1898-1902), cuando la Secretaría de Fomento del Gobierno de Costa Rica celebraba el contrato de concesión de servicios telefónicos con don Francisco Mendiola Boza. En dicho contrato se negociaba una nueva concesión de servicios públicos de esa naturaleza, debido a que la concesión original, pactada con don Leopoldo Rojas, había caducado, por medio de los Decretos N.º 33 del 24 de julio de 1891, N.º 7 del 24 de mayo y N.º 3 del 13 de diciembre, ambos de 1892.

En razón de lo anterior, el referido negocio jurídico estatal se denominó *Contrato, Reforma Y Estatutos de la Compañía de Teléfonos de Costa Rica. Aprobado por el Supremo Gobierno el día 9 de noviembre de 1895*. Dentro del precitado contrato, subyace una fiscalización estatal, traducida en vigilancia y seguimiento de las obras efectuadas por el contratista, la cual se delegó, esencialmente, en la figura del *Director General de Telégrafos*. Tal y como se observa *infra*, en reiteradas ocasiones dentro del antiguo cuerpo legal, se destaca la relevante participación de ese servidor. Al tenor de la cláusula I, inciso d), tenemos que

El contratista instalará la red telefónica con todos los progresos del arte y bajo la vigilancia del Director General de Telégrafo (el subrayado no es del original).; en el apuntado sentido, la cláusula II, inciso c), párrafo segundo, disponía que El Director General de Telégrafos señalará, llegado el caso, la altura de los postes á que deben tenderse esos hitos y la distancia que debe mediar entre ellos y los telegráficos. Es entendido que si alguno de los postes no tuvieren la altura ó las condiciones que según el Director de Telégrafos fueren indispensables para tender por ellos los alambres telefónicos, queda obligado el empresario, si quisiera servirse de tales postes, á hacer la reposición de ellos por su cuenta, en la forma que señale el Director de Telégrafos. (Los resaltados son suplidos).

Conforme a una breve exégesis de las citas legales transcritas, se desprende un celo total por el resguardo de los intereses públicos. Paralelamente, que las funciones de inspección y/o fiscalización eran delegadas, como ya se señaló, en el funcionario legalmente legitimado y poseedor, en teoría, del conocimiento para ejercer tal potestad.

Trayendo a colación este último punto, es justo enfatizar que la fiscalización debe ser ejercida por quien posea la aptitud necesaria para la supervisión o vigilancia de las actividades del contratista, pues en su defecto, tal prerrogativa vendría a ser nugatoria.

b. Contrato de Tranvía de San José y Alumbrado Incandescente

Este contrato se suscribió durante la Administración de don Cleto González Víquez y Gilbert Holt Green. De esta forma, para lo que interesa, el artículo XXV, párrafo primero, disponía que, La compañía se obliga á no conectar sus cables con instalaciones interiores de una casa o edificio, sin que éstos hayan sido previamente revisados y aprobados por el Inspector Municipal". (El énfasis no es original). Aquí se desprende otra figura, encargada de la verificación y fiscalización, a saber, el inspector municipal, quien representaba los intereses del municipio contratante, quien, además, verificaba y concedía ulteriormente su venia para la ejecución de las instalaciones eléctricas en las casas o edificios de la zona metropolitana.

c. Contrato Telefónico de 1942

Durante la primera parte del siglo pasado, el Estado costarricense promulgó la Ley N.º 3 de Contrato Telefónico. Se suscribe esta norma [...] *con el objeto de renovar y mejorar los servicios telefónicos de la República y hacer todas las reformas indispensables para asegurar el mejor y más eficiente servicio telefónico*. Este instrumento fue suscrito por Jorge Zeledón Castro, secretario del Estado en el Despacho de Fomento y August Scherrer Gehrels Baker, gerente de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz. Es dentro de ese documento, donde se estampa por vez primera, literalmente, términos tales como: *control y fiscalización*. En tal tesitura, el Transitorio único de ese convenio contractual estableció que, *Para las funciones de fiscalización y control que este contrato le confiere a la Secretaría de Fomento esta deberá nombrar como su delegado a la **Junta del Servicio Nacional de Electricidad***. (El resaltado es suplido).

2. Órgano fiscalizador

Ciertamente, a lo largo de este estudio, se ha denominado al órgano-individuo, encargado de ejercer la fiscalización del contrato administrativo durante su ejecución, como *contraparte técnica*. Pero es a todas luces, más acertado –a criterio del autor–, denominarle simplemente, *Órgano fiscalizador* (en adelante ÓF), lo cual se debe a la llaneza terminológica del citado concepto que merma las ambigüedades y, además, es comprensible tanto para la persona técnica como para la lega en la ciencia jurídica.

Por su parte, la fiscalización tan solo es posible, solo si efectivamente el contrato de marras ha sido objeto de autorización y aprobación, interna o externa, por la Administración negociante o la Contraloría General de la República, respectivamente, según lo expuesto *ut supra*. De esta forma, para no dejar acéfala la etapa material del contrato, el Poder Ejecutivo precisó en el artículo 15.2.3 del entonces Reglamento de Contratación Administrativa –derogado– la figura del ÓF, con el fin de controlar las actividades de la persona contratista, intrínsecas a la etapa de ejecución contractual para tutelar, asimismo, el derecho de fiscalización incardinado en el numeral 13 LCA, vigente. Por tanto, importa señalar a suerte de ilustración, que la normativa infralegal antes señalada sobre el particular disponía:

15.2. Para el efectivo ejercicio del derecho de fiscalización la Administración designará un órgano que asumirá la obligación de tomar oportunamente las providencias necesarias para que el contratista se ajuste al estricto cumplimiento de las condiciones, especificaciones y plazos establecidos en el contrato y demás obligaciones implícitas en éste.//15.3. Corresponde a dicho órgano verificar el cumplimiento del objeto de la contratación, advertir, a quien corresponda de acuerdo al régimen interno, la conveniencia de introducir modificaciones o señalar correcciones en la ejecución, recomendar la ejecución de las garantías o bien la rescisión o resolución unilateral del contrato cuando advierta fundamento para ello.

Curiosamente, una norma de similar contenido habita en el Derecho comparado español, toda vez que el órgano de contratación –según se le conoce en España al ÓF– ejerce las funciones de dirección e inspección de los contratos administrativos, facultades consagradas por los numerales 94 y 95 del Reglamento del Texto Refundido de la Ley de Contratos Públicos (RG-TRLCAP). Bajo esa inteligencia, el articulado en mención señala:

Artículo 94. Dirección e inspección de la ejecución. 1. La ejecución de los contratos se desarrollará, sin perjuicio de las obligaciones que corresponden al contratista, bajo

la dirección, inspección y control del órgano de contratación, el cual podrá dictar las instrucciones oportunas para el fiel cumplimiento de lo convenido.//2. Los pliegos de cláusulas administrativas, generales y particulares, contendrán las declaraciones precisas sobre el modo de ejercer esta potestad administrativa.

Art. 95 Facultades del órgano de contratación en la ejecución del contrato. Cuando el contratista, o personas de él dependientes, incurra en actos u omisiones que comprometan o perturben la buena marcha del contrato, el órgano de contratación podrá exigir la adopción de medidas concretas para conseguir o restablecer el buen orden en la ejecución de lo pactado.

a. Definición de ÓF

Es el móvil de la Administración contratante para vigilar e inspeccionar el modo y la forma de la ejecución contractual por parte del contratista, verificando en consecuencia, el fiel apego al cumplimiento de los términos pactados dentro del contrato administrativo, indiferentemente que la modalidad de este sea de tracto sucesivo o instantáneo. Por lo cual, en el escenario de cualquier irregularidad, tratándose de la conducta del contratista, está facultado de compelerlo a lo que indica la letra del convenio contractual.

De lo anterior se infiere que en el supuesto de incumplimiento tardío o defectuoso del objeto contractual, la Administración por intermedio del ÓF deberá instar al contratista a ejecutar las medidas correspondientes, conteste a las reglas técnicas de sentido unívoco (cfr. Art. 16 LGAP). En su defecto, será procedente la instrucción del respectivo procedimiento correctivo sancionatorio en contra del contratista. Aflorarán pues de la comprobación del presunto incumplimiento, sanciones tales como: la ejecución de las cláusulas penales, de las garantías cumplimiento, resolución contractual, apercibimiento o inhabilitación, acompañadas todas estas de la respectiva indemnización en daños y perjuicios irrogados a la Administración.

3. Enfoque histórico del ÓF dentro del marco normativo costarricense

No es contemporánea la existencia del ÓF dentro del marco contractual administrativo, ya que sus antecedentes se remontan a la Costa Rica del siglo antepasado, según lo refieren los puntos que en breve se exponen.

a. Contrato, Reforma y Estatutos de la Compañía de Teléfonos de Costa Rica

Corría el año de 1895, durante la Administración de don Rafael Yglesias Castro (1894) (1898-1902), cuando la Secretaría de Fomento del Gobierno de Costa Rica celebraba el contrato de concesión de servicios telefónicos con don Francisco Mendiola Boza. En dicho contrato se negociaba una nueva concesión de servicios públicos de esa naturaleza, debido a que la concesión original, pactada con don Leopoldo Rojas, había caducado, por medio de los Decretos N.º 33 del 24 de julio de 1891, N.º 7 del 24 de mayo y N.º 3 del 13 de diciembre, ambos de 1892.

En razón de lo anterior, el referido negocio jurídico estatal se denominó *Contrato, Reforma Y Estatutos de la Compañía de Teléfonos de Costa Rica. Aprobado por el Supremo Gobierno el día 9 de noviembre de 1895*. Dentro del precitado contrato, subyace una fiscalización estatal, traducida en vigilancia y seguimiento de las obras efectuadas por el contratista, la cual se delegó, esencialmente, en la figura del *Director General de Telégrafos*.

Tal y como se observa *infra*, en reiteradas ocasiones dentro del antiguo cuerpo legal, se destaca la relevante participación de ese servidor. Al tenor de la cláusula I, inciso d), tenemos que

El contratista instalará la red telefónica con todos los progresos del arte y bajo la vigilancia del Director General de Telégrafo (el subrayado no es del original).; en el apuntado sentido, la cláusula II, inciso c), párrafo segundo, disponía que El Director General de Telégrafos señalará, llegado el caso, la altura de los postes á que deben tenderse esos hitos y la distancia que debe mediar entre ellos y los telegráficos. Es entendido que si alguno de los postes no tuvieren la altura ó las condiciones que según el Director de Telégrafos fueren indispensables para tender por ellos los alambres telefónicos, queda obligado el empresario, si quisiera servirse de tales postes, á hacer la reposición de ellos por su cuenta, en la forma que señale el Director de Telégrafos. (Los resaltados son suplidos).

Conforme a una breve exégesis de las citas legales transcritas, se desprende un celo total por el resguardo de los intereses públicos. Paralelamente, que las funciones de inspección y/o fiscalización eran delegadas, como ya se señaló, en el funcionario legalmente legitimado y poseedor, en teoría, del conocimiento para ejercer tal potestad.

Trayendo a colación este último punto, es justo enfatizar que la fiscalización debe ser ejercida por quien posea la aptitud necesaria para la supervisión o vigilancia de las actividades del contratista, pues en su defecto, tal prerrogativa vendría a ser nugatoria.

b. Contrato de Tranvía de San José y Alumbrado Incandescente

Este contrato se suscribió durante la Administración de don Cleto González Víquez y Gilbert Holt Green. De esta forma, para lo que interesa, el artículo XXV, párrafo primero, disponía que, La compañía se obliga á no conectar sus cables con instalaciones interiores de una casa o edificio, sin que éstos hayan sido previamente revisados y aprobados por el Inspector Municipal". (El énfasis no es original). Aquí se desprende otra figura, encargada de la verificación y fiscalización, a saber, el inspector municipal, quien representaba los intereses del municipio contratante, quien, además, verificaba y concedía ulteriormente su venia para la ejecución de las instalaciones eléctricas en las casas o edificios de la zona metropolitana.

c. Contrato Telefónico de 1942

Durante la primera parte del siglo pasado, el Estado costarricense promulgó la Ley N.º 3 de Contrato Telefónico. Se suscribe esta norma [...] *con el objeto de renovar y mejorar los servicios telefónicos de la República y hacer todas las reformas indispensables para asegurar el mejor y más eficiente servicio telefónico*. Este instrumento fue suscrito por Jorge Zeledón Castro, secretario del Estado en el Despacho de Fomento y August Scherrer Gehrels Baker, gerente de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz. Es dentro de ese documento, donde se estampa por vez primera, literalmente, términos tales como: *control y fiscalización*. En tal tesitura, el Transitorio único de ese convenio contractual estableció que, *Para las funciones de fiscalización y control que este contrato le confiere a la Secretaría de Fomento esta deberá nombrar como su delegado a la Junta del Servicio Nacional de Electricidad*. (El resaltado es suplido).

Ahora bien, para no dejar a la deriva la verificación de las contrataciones eléctricas, en virtud de su naturaleza lucrativa, Rodríguez (2000, p. 18-19) manifiesta:

El negocio eléctrico sumamente lucrativo, hizo que las compañías extranjeras adquirieran las concesiones y compañías—hasta ese momento—en manos costarricenses. Fue así como surgieron The Costa Rica Electric Light & Traction Company Limited, la Compañía Nacional Hidroeléctrica y la Compañía Nacional de Electricidad; compradas por el capital extranjero y adquiridas posteriormente por The Electric Bond & Share Company a través de su subsidiaria The American & Foreign Power Company Inc. A quienes se les denominó como las Compañías Eléctricas [...] El 31 de julio de 1928 el Congreso Constituyente decretó la ley No. 77 que nacionalizó las fuerzas eléctricas que pudieran obtenerse de las aguas de dominio público y decretó la fundación del Servicio Nacional de Electricidad [...] se le encomendaron facultades para el otorgamiento de concesiones, la adquisición de plantas e instalaciones eléctricas, la fijación y control de tarifas y la supervigilancia sobre la calidad del servicio.

Así, el legislador de ese entonces colocó sobre el tamiz su clara intención de no delegar tan delicadas faenas administrativas, orientadas a fiscalizar y controlar el objeto contractual, en manos de cualquier funcionario. Al contrario, parece ser más bien que quiso centralizar tales funciones en un órgano técnico especializado.

4. Inconveniente respecto al régimen jurídico del ÓF

Sustancialmente tenemos que el derecho de fiscalización tiene su núcleo en el ordinal 13 LCA, que en lo de interés preceptúa:

La Administración fiscalizará todo el proceso de ejecución, para eso el contratista deberá ofrecer las facilidades necesarias. A fin de establecer la verdad real, podrá prescindir de las formas jurídicas que adopten los agentes económicos, cuando no correspondan a la realidad de los hechos.//En virtud de este derecho de fiscalización, la Administración, tiene la potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas. (El énfasis no es original).

Por su lado, el derecho adjetivo de la fiscalización contractual radica en el numeral 8.g RCA que al efecto dispone:

Art. 8º-Decisión inicial. La decisión administrativa que da inicio al proceimiento de contratación será emitida por el Jerarca de la Unidad solicitante o por el titular subordinado competente, de conformidad con las disposiciones internas de cada institución.// Esta decisión se adoptará una vez que la unidad usuaria, en coordinación con las respectivas unidades técnica, legal y financiera, según corresponda, haya acreditado, al menos lo siguiente: [...] g) La designación de un encargado general del contrato cuando, por la magnitud del negocio o porque así sea conveniente al interés público o institucional, tal designación resulte conveniente para la adecuada ejecución del contrato.//El funcionario competente valorará el cumplimiento de los anteriores requisitos, dispondrá la confección de un cronograma con tareas y responsables de su ejecución y velará por el debido cumplimiento del contrato que llegue a realizarse; e informará a la brevedad posible al adjudicatario, cualquier ajuste en los tiempos

del cronograma o incumplimiento trascendente de éste, a fin de que se adopten las medidas pertinentes, de lo cual deberá mantener informado en todo momento a la Proveeduría institucional.

Nótese que al comparar el ÓF contenido en la normativa infralegal derogada, correspondiente al entonces numeral 15.2.3, con el 8.g del reglamento vigente, se abstrae, sin mayor esfuerzo, que el primero se designaba, para cualquier contratación que tuviera la Administración contratante, a su haber. Contrariamente, la segunda, encargado general del contrato, está ligada al servidor u órgano colegiado, cuyo condicionamiento para su designación es la “complejidad” del contrato. Esta situación pareciera traducirse, más bien, en un mero facilismo encubierto para disfrazar la negligencia administrativa que deriva en la inopia contralora.

Dentro del anterior escenario, se plantea la hipótesis en virtud de la cual el objeto contractual satisface, exclusivamente, asuntos o intereses eminentemente internos o privados de la administración, tales como: la adquisición de equipos de ofimática (v. gr. hardware y software, sillas y teclados ergonómicos, calculadores, entre otros).

De esta forma, el asunto se zanja de manera sencilla, esto es, mediante una interpretación sistemática y extensiva de la normativa infralegal citada supra, permeándola del texto y contexto brocado a los artículos constitucionales 182 y siguientes que predicen el resguardo total de las finanzas públicas. Es decir, la sola afectación a una partida autorizada por Hacienda erige, indiscutiblemente, efectos sobre la Hacienda Pública. Por ende, todo efecto negativo se solventaría, fácilmente, mediante la puesta en práctica de parámetros económicos objetivos, por ejemplo, el de menor o mayor cuantía, según lo establecido en el canon 59.13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, la designación del ÓF debe recaer, en primer lugar, no solo en los contratos administrativos en los que resulte palmario el interés público, sino también, en aquellos otros que persiguen una utilidad privada de la propia administración, cuya finalidad podría ser, v. gr. saludables condiciones de trabajo de las personas usuarias internas, funcionarias quienes a ultranza brindan el servicio público a la persona usuaria externa o administrada. En segundo lugar, para nombrar al ÓF, hay que establecer parámetros económicos y dinámicos que reflejen en forma realista las consecuencias positivas y negativas de contar o no con una adecuada fiscalización del contrato. O mejor aún, la aplicación de mecanismos alternativos de autofiscalización del contrato, como la garantía, per se, que poseen algunos bienes de cierto cuántum, la certificación mediante normas ISO para los suministros, o la promoción de contratos de mantenimiento accesorias al contrato principal.

a. Posible solución

La cuestión es ¿debe ser el ÓF nombrado en forma ad hoc o debe instaurarse una unidad encargada de tales diligencias en lo interno de cada Administración Pública?. La respuesta deviene de lo segundo. En efecto, para tutelar los principios de certeza y seguridad jurídica y salvaguardar las esferas de derechos e intereses tanto de los y las contratistas como de la misma Administración contratante, es incuestionable en la integración insertar una Unidad de **Control de Cumplimiento de la Obligación Contractual** en el ordenamiento jurídico mediante Ley formal, en lo interno de cada Administración. Es decir, para armonizar lo dispuesto por los numerales 13 y 102 LCA y 8.g RCA. Debe ser una dependencia interna, permanente y consultiva y debe fungir como intermediaria entre el o la contratista y la persona usuaria final de la respectiva Administración. Sus colaboradores y colaboradoras deben ser funcionarios en propiedad de la Administración Pública, cuya conducta tenga por derrotero la eficiencia, economía,

transparencia y agilidad, en relación con la ejecución de los contratos administrativos para evitar o mitigar dilación alguna en la entrega del bien o servicio. En virtud de esto último, es preciso que cuente con avanzados sistemas de información. No podrá hacer discriminación alguna entre los diversos objetos contractuales negociados.

Por otra parte, si hablamos de una estructura orgánica, la misma podría estar compuesta de tres subunidades, con la cantidad necesaria de personas funcionarias para cumplir su labor, todas, a cargo de una o un profesional en Derecho y especializado en contratación administrativa. Por ende, esta persona tendría el cargo de coordinadora de cada una de estas subunidades, quien contaría con el concurso de un profesional en Administración Pública, como asistente administrativo o subcoordinador; además, un secretario o secretaria que atendería, eventualmente, vía telefónica o por correo electrónico, tanto al cliente interno (persona usuaria) como al externo (persona administrada). Asimismo, esta persona estaría encargada de reservar los espacios de audiencia para los funcionarios y las funcionarias que ejercen la fiscalización, en el supuesto de procedimientos administrativos.

La organización de las subunidades, por su parte, respondería a lo siguiente: 1. Unidad de control de Licitaciones Públicas, 2. Unidad de Licitaciones Abreviadas y 3. Unidad de Control de Compras Directas. Esta última discriminaría aquellos bienes susceptibles de fiscalización o de autofiscalización. También conviene establecer que, la persona usuaria final debe ser siempre la custodia temporal del bien, y es quien está obligada a elevar a la Unidad de Control, todas las molestias ocasionadas por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la persona contratista. Por su intermedio, dicha Unidad podrá intimar a la persona contratista para que se ajuste a la letra del negocio jurídico, porque en su defecto estará legitimada a instruir un procedimiento administrativo, bajo la inteligencia del artículo 217 RCA en concurso con el 214 y 308 LGAP ss, a los efectos de ejecutar las garantías de cumplimiento, resolución del contrato, apercibimiento o inhabilitación.

En el caso de que medien daños y perjuicios, previa comprobación, se ejecutarán estos en sede administrativa, bajo la doctrina del numeral 149 LGAP. Es preciso, asimismo, aprender que su campo temporal de acción se inicia a partir de la adjudicación y aprobación del contrato, ya que para garantizar la objetividad de sus funciones y la claridad mental de sus miembros, no es conveniente que se le vicie con actos preparatorios del contrato, pues a esos efectos, se le debe consultar más bien a la persona usuaria final, quien dispondrá de los bienes adquiridos, ulteriormente.

En otro orden de ideas, es materialmente imposible que una unidad como la propuesta solvente todas las cuestiones relativas a la ejecución contractual a especie de oráculo. En esta dirección, habida cuenta de las cuestiones eminentemente metajurídicas o sumamente complejas por su alto grado de tecnicismo, debe tener a su alcance el respectivo auxilio de las unidades especializadas ad intra o ad extra de esa Administración, las cuales se integrarán en forma temporal a la supracitada unidad.

Tratándose de su ubicación geográfica en el organigrama institucional, conviene que se le ubique a suerte de staff o asesoría del jerarca supremo. Consecuentemente, al final del respectivo contrato, será la encargada de redactar el contrato de finiquito. Acto seguido le asiste el deber de redactar el informe del acto final de fiscalización y del procedimiento correctivo sancionatorio, ante el jerarca quien decidirá a ultranza en calidad de órgano decisor.

En otros términos, resulta ocioso afirmar que todos los actos administrativos de mero trámite, emanados en el ejercicio de sus competencias, deben ser contestes al bloque de súper legalidad e infraconstitucionalidad, pues deben gozar de motivación, sin obviar, desde luego, los principios insoslayables inherentes al debido proceso, derecho de defensa, igualdad, certeza e irretroactividad, en el presupuesto del quebranto al régimen jurídico contractual, por acciones dolosas o culposas de la persona contratista.

Conclusión

La fiscalización de la ejecución contractual está inserta en el Control Interno. Pero, sustancialmente en *el control de los procedimientos*, precepto que tiene cabida en el Considerando VI del voto constitucional N°. 998 del 16 de febrero de 1998, tal que dispone el *principio por el cual todas las tareas de la contratación administrativa son objeto de control y fiscalización en aras de la verificación, al menos, de la correcta utilización de los fondos públicos*.

Indefectiblemente, el ÓF de los contratos administrativos deberá ser designado, indiferentemente, para contratos cuyo fin sea la satisfacción del fin público como la prestación de servicios públicos, o bien, los fines privados de la administración, adquisición de activos, uso, goce y disfrute temporal de las personas servidoras públicas para prestar en forma digna el citado servicio. De lo cual deriva una distribución más equitativa y justa de los riesgos en materia de contratación, e incluso, mitiga eventuales responsabilidades patrimoniales, administrativas o penales de ambas partes del contrato. Sin dejar de lado, que el acto de designación del ÓF debe ser en todo tiempo, con fundamento en parámetros razonables, objetivos y realistas como los puntualmente esbozados líneas atrás.

Para concluir, podría ser de gran ayuda para los entes y los órganos públicos prohiar la tesis vertida, dado que la misma Sala Constitucional en el voto n.º 1420-91 de las nueve horas del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y uno, afirmó que

el principio de razonabilidad implica que el Estado pueda limitar o restringir el ejercicio abusivo del derecho, pero debe hacerlo en forma tal que la norma jurídica se adecúe en todos sus elementos, como el motivo y el fin que persigue, con el sentido objetivo que se contempla en la Constitución.

Bibliografía

Contrato de Reforma y Estatutos de la Compañía de Telégrafos de Costa Rica. (1895). (Aprobado por el Supremo Gobierno el día 9 de noviembre de 1895, San José, CR: Tipografía Nacional.

Contrato de tranvía de San José y Alumbrado Incandescente. (1905). (Celebrado el 20 de noviembre, entre la Municipalidad de San José y The Costa Rica Electric Light and Traction Company)

Couture, E. J. *Vocabulario jurídico*. (1988). Buenos Aires: Depalma Ediciones.

Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano. (1891). Tomo VIII. Barcelona: Editorial Montaner y Simón Editores.

García, M. (1987). *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona: Editorial Ariel.

García de Enterría, E. (1963). La figura del contrato administrativo. *Revista de Ciencias Jurídicas*. (26) pp. 40-68.

García Villoslada, R. (1969). *Raíces históricas del luteranismo*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

González-Berenguer Urrutia, J. L. (1968). *La Contratación Administrativa ¿como? y con quién contrata la Administración en sus esferas central, local e institucional*. Madrid: Editorial Eisa.

Hernández Valle, Rubén. (1994). *El Derecho de la Constitución*. Tomo II. San José, CR: Editorial Juricentro.

Rodríguez Argüello, P. (2000). *Desarrollo y Regulación de los servicios públicos en Costa Rica*. Autoridad Reguladora de Servicios Públicos.

Romero Pérez, E. (2003). *Contratación Pública*. San José: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Secretaría de Hacienda y Comercio. (1945). *Proyecto de Ley Para la Reorganización de La Administración Financiera de Costa Rica*. San José, CR: Imprenta Nacional.

La americanización del Derecho Constitucional y sus paradojas

Teoría y Jurisprudencia Constitucional en el mundo contemporáneo

Luís Roberto Barroso ¹⁻²

SUMARIO: Introducción. Parte I. El constitucionalismo democrático y la tradición americana y europea. Parte II. El nuevo constitucionalismo: el paradigma del período pos-guerra en el mundo romano-germánico. I. La formación del Estado constitucional democrático. II. El surgimiento de una cultura pos-positivista. III. Aspectos del derecho constitucional contemporáneo. 1. La fuerza normativa de la Constitución. 2. La expansión de la jurisdicción constitucional. 3. El desarrollo de una nueva interpretación constitucional. IV. La constitucionalización del Derecho o la relectura del ordenamiento jurídico a la luz de la Constitución. Parte III. El modelo americano de constitucionalismo, el auge del sector conservador y el declive del papel de la Suprema Corte. I. *Marbury vs. Madison*: los fundamentos de la jurisdicción constitucional. II. El legado de Warren: el activismo judicial y la protección de los derechos fundamentales. III. El retorno del péndulo: El auge del sector conservador y el discurso de autocontención judicial. 1. La Corte Burger. 2. La Corte Rehnquist. 3. La Corte Roberts. Conclusión.

Introducción

El modelo de constitucionalismo practicado en el mundo contemporáneo, tanto en las democracias tradicionales como en las nuevas democracias, en términos generales, puede decirse que sigue –a pesar de que no lo haga en el detalle– el patrón establecido en los Estados Unidos a lo largo de los últimos doscientos años, a saber: (i) supremacía de la Constitución, (ii) control de constitucionalidad, (iii) supremacía judicial y (iv) activa protección de los derechos fundamentales. Las tres primeras características se remontan a la más notoria decisión dictada por la Suprema Corte americana: *Marbury vs. Madison*, de 1803. Puede afirmarse que ese fue el marco inicial para reconocer la Constitución como documento jurídico, y para concebir al Poder Judicial como el órgano competente para velar por su debido cumplimiento. El cuarto aspecto, usualmente ligado al derecho constitucional de los Estados Unidos –el activismo judicial– está circunscrito a un lapso de tiempo relativamente reducido de su historia. Dicho período comprende los casi veinte años que correspondieron a la presidencia de Earl Warren en la Suprema Corte (1953-1969), así como los primeros años de la presidencia de Warren Burger (1969-1986). Después de ese ciclo, la Suprema Corte se vio envuelta por una onda conservadora, en la cual fueron nombrados jueces que tenían una visión severamente crítica del activismo judicial y de los avances que con el mismo se habían logrado.

-
1. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad del Estado de Río de Janeiro – UERJ, master of Laws por la Yale Law School, doctor y libre docente por la UERJ, director general de la Revista de Derecho del Estado.
 2. Traducción para el español del artículo intitulado: A Americanização do direito constitucional e seus paradoxos: Teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo, por Carlos E. Peralta, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y abogado de la Procuraduría General de Costa Rica. Doctorando en Derecho de la Universidad del Estado de Río de Janeiro- UERJ. Becado de la CAPES/CNPq –EL Nacional– Brasil.

Podemos describir la paradoja señalada en el título del presente trabajo de la siguiente manera. El modelo constitucional estadounidense, en los últimos cincuenta años, se extendió por todo el mundo, y se consolidó en países de Europa, de América Latina, Asia y África. Sin embargo, curiosamente, en el plano interno, ese modelo nunca había sido tan intensamente cuestionado, y fue atacado tanto por personas partidarias de derecha, con su agenda conservadora que defiende –a pesar de que no siempre practica– la autocontención judicial; como por personas seguidoras de izquierda, que criticaban la supremacía judicial y defendían el constitucionalismo popular.

Dentro de ese marco de referencia, el presente estudio tiene como finalidad analizar esos dos procesos históricos y jurídicos. Se pretende, en primer término, mostrar a estudiantes y a profesionales en Derecho formados en la tradición del common law las transformaciones ocurridas en el derecho constitucional de los países de derecho romano-germánico específicamente. Por otro lado, se busca que las personas estudiosas formadas en la tradición del derecho civil se familiaricen con las transformaciones ocurridas en el derecho constitucional americano, principalmente a la luz de la jurisprudencia de la Suprema Corte³. La persona lectora atenta percibirá, sin mayor dificultad, que esas dos trayectorias que deberían llevar a un mismo lugar, se han desencontrado a lo largo del tiempo.

Parte I

EL Constitucionalismo Democrático y las Tradiciones Americana Y Europea

El constitucionalismo democrático fue la ideología victoriosa del siglo XX. El imaginario social contemporáneo vislumbra en esa forma de orden institucional que combina Estado de derecho y soberanía popular, la mejor forma de realizar los anhelos de la modernidad; es decir: poder limitado, dignidad de los seres humanos, derechos fundamentales, justicia social y tolerancia. Ese modelo vencedor sitúa a la Constitución en el centro del sistema político, y postula promesas de legitimidad, justicia y seguridad jurídica. Para evitar falsas ilusiones, es importante tener presente que las grandes conquistas de la humanidad llevan un tiempo relativamente largo para pasar del plano de las ideas victoriosas a la vigencia concreta en el mundo real. El curso del proceso civilizador es más lento que nuestra ansiedad de progreso social. Sin embargo, el rumbo correcto normalmente es más importante que la velocidad.

El siglo XX fue el escenario de una propuesta alternativa que motivó corazones y mentes por todo el mundo: el socialismo científico fundado en las tesis del Manifiesto Comunista de 1848, y en la densa producción teórica de Marx y Engels.

La Revolución Rusa fue el marco histórico de una propuesta política alternativa a la democracia liberal que se expandió a prácticamente un tercio de la humanidad. De Lenin a Mao, el proyecto de implementación de una sociedad socialista depositaba sus valores y su fe, no en la Constitución, sino más bien en el *Partido*, pieza esencial e insustituible en el funcionamiento de las instituciones políticas, económicas y sociales de los países que adoptaron ese modelo (Ackerman B., 1997).

3. El punto ha sido agudamente observado por Forbath W. E. y Sager L., (2004, p. 1669): “Traditionally, American constitutional scholarship has been deep, but not at all wide. Accompanying considerable theoretical sophistication and normative intensity has been a parochialism so broadly shared as to go largely unremarked. But the ground has shifted from under our feet. From the end of World War II onward, robust constitutionalism has become less and less exclusively identified with legal events in the United States. Today, constitutional practice flourishes throughout the world, even in former bastions of parliamentary supremacy and transnational entities, as well as traditional nation-state. This offers American commentators a chance to learn from the experience and reflections of our world neighbors; and hopefully, a chance to share the benefits ou our experiences and reflections”.

Generosa y seductora para el espíritu humano, la idea socialista no logró vencer la prueba de la realidad. Al menos no en ese marco de la historia de la humanidad. La verdadera *revolución* no llegó, y la energía que la inspiraba se disipó y se tradujo en autoritarismo, burocracia y pobreza.

Por otra parte, del otro lado de la historia, tres revoluciones –estas sí, inequívocamente vencedoras– abrieron el camino para el llamado Estado liberal y para el constitucionalismo moderno: la Inglesa (1688)⁴, la Americana (1776)⁵ y la Francesa (1789)⁶. Cabe destacar que a pesar de que fueron fenómenos contemporáneos entre sí y que compartieron fundamentos comunes, el constitucionalismo americano y el francés estuvieron marcados por influencias históricas, políticas y doctrinarias diversas. Consecuentemente, en gran medida, dieron origen a modelos constitucionales bastante distintos. De hecho, la Constitución americana tuvo sus orígenes en el contractualismo liberal de Locke que defendía un pacto social de paz y libertad entre los hombres⁷, y en la idea de un derecho superior fundado en el derecho natural⁸.

En los Estados Unidos, la Constitución siempre fue vista como un documento jurídico, dotado de supremacía y fuerza normativa, susceptible de ser aplicada de forma directa e inmediata por el Poder Judicial. En *Marbury vs. Madison*, la “*judicial review*” fue aceptada con relativa naturalidad y poca resistencia⁹.

En Francia y en la secuencia histórica, en los demás países de Europa, la Constitución tenía una naturaleza esencialmente política, y su interpretación era obra del Parlamento y no de los jueces o tribunales¹⁰.

-
4. En Inglaterra, cuando William III y Mary II ascendieron al trono, después de la afirmación del Parlamento y de la limitación de poderes por el Bill of Rights, ya estaban lanzadas las bases del modelo de organización política que inspiraría Occidente por siglos. Esas bases fueron tan sólidas que pudieron prescindir de una Constitución escrita.
 5. Un siglo después, le correspondió a los Estados Unidos un papel pionero, al promulgar la primera Constitución escrita y solemnemente ratificada en el mundo. Con un texto sintético de siete artículos, a los cuales se sumaron diez enmiendas conocidas como Bill of Rights, aprobadas en 1791, la Constitución norteamericana fue el punto de partida de una larga trayectoria de suceso institucional, fundada en una efectiva separación de Poderes y en un modelo original basado en tres presupuestos: republicanismo, federalismo y presidencialismo.
 6. Paradójicamente, la Revolución Francesa, con su violencia, circularidad y aparente fracaso, desempeñó un papel simbólico arrebatador en el imaginario de los pueblos de Europa y del mundo que vivía sobre su influencia al final del siglo XVIII, tornándose el marco de una nueva era. Dicha revolución, con su carácter universal, incendió al mundo y cambió la cara del Estado – que pasó de un Estado absolutista a un Estado liberal – y de la sociedad que dejó de ser feudal y aristocrática para pasar a ser una sociedad burguesa. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 divulgó la nueva ideología, basada en la separación de Poderes y en los derechos individuales. En 1791 fue promulgada la primera Constitución Francesa. La primera de una larga serie. Al respecto, (Arendt H., 1987, p. 43 y s).
 7. “Men being by nature all free, equal, and independent, no one can be put out of this state and subjected to the political power of another without his own consent. The only way one divests himself of his natural liberty and puts on the bonds of civil society is by agreeing with other men to join and unite into a community for their comfortable, safe, and peaceable living”. (Locke J., 1978, p. 47).
 8. “The initial source of judicial review, however, is much older than the Constitution and indeed of any American constitution. It traces back to the common law, certain principles of which were earlier deemed to be ‘fundamental’ and to comprise a ‘higher law’ which even Parliament could not alter”. (Corwin’s E. S., 1973, p. 173)
 9. Sin prejuicio del debate permanente acerca de la legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional que alimenta la teoría constitucional norteamericana.
 10. En ese sentido, (Kahn P. W., 2002-2003): “But the French courts did not emerge from the Revolution with the power to speak in the name of the popular sovereign. The locus of that voice was instead the French Assembly”.

En la Asamblea Constituyente que elaboró la Constitución de 1791, el tema central del debate político fue la titularidad del poder constituyente. La idea revolucionaria de soberanía nacional entró en contradicción con la visión absolutista de soberanía del Monarca. (Stern K., 1987, p. 311 y s).

A pesar de haber adoptado la fórmula liberal que propugnaba la separación de Poderes y la garantía de los derechos individuales, el modelo europeo se articuló en torno a la idea de centralidad o preponderancia de la ley –y no propiamente de la Constitución, tal y como ya fue indicado– y a la concepción de supremacía del Parlamento, de forma tal, que sus actos no podrían ser objeto de control por parte del Poder Judicial. Algunos autores se refieren a ese modelo como el “Estado legislativo de derecho”. (Ferrajoli L. 2003, p. 14 y s).

Sin embargo, en los últimos cincuenta años, sobre todo a partir del momento en que finalizó la Segunda Guerra Mundial, el derecho, en los países que siguen la tradición romano-germánica, pasó por un conjunto extenso y profundo de transformaciones que modificaron el modo cómo la ciencia del derecho, el derecho positivo y la jurisprudencia son pensados y practicados.

En el centro de ese proceso de cambios políticos, conceptuales y paradigmáticos, se sitúa la Constitución. El modelo es conocido en el mundo romano-germánico, como “Estado constitucional de derecho”. Este nuevo orden constitucional, identificado como un “paradigma pos-guerra” (Weinrib L. E., 2006, p. 84) o como un “*nuevo constitucionalismo*”, se expandió por el mundo de manera generalizada. Con el cambio de milenio, algunas de sus características esenciales podían ser encontradas en Europa, en América Latina y en África, uniendo países distantes geográfica y culturalmente, tales como: Brasil, Hungría, España y África del Sur, para citar cuatro ejemplos de visibilidad mundial.

En el capítulo siguiente, se pretende reconstruir el itinerario histórico, filosófico y teórico que propició este nuevo paradigma constitucional.

Parte II

EL Nuevo Constitucionalismo: El paradigma del periodo posguerra en el mundo Romano-Germánico

I. La formación del Estado Constitucional Democrático

El *Estado constitucional de derecho* se desarrolla a partir del momento en que terminó la Segunda Guerra Mundial y se consolida en el último cuarto del siglo XX, presentando como característica central la subordinación de la legalidad a una Constitución rígida. Dentro de ese nuevo marco, la validez de las leyes ya no dependerá solamente de la forma en como las mismas son producidas, sino también estará sujeta a la compatibilidad de su contenido con las normas constitucionales. Asimismo, la Constitución, además de imponer límites a la persona legisladora y a la administración, determina también deberes de actuación. La ciencia del derecho asume un papel crítico e inductivo de la actuación de los poderes públicos.

Así, los jueces, las juezas y los tribunales pasan a tener una amplia competencia para declarar la invalidez de actos legislativos o administrativos, así como para interpretar creativamente las normas jurídicas de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución¹¹. Dentro de ese contexto, se circunscriben las múltiples transformaciones que a continuación serán analizadas.

11. Sobre el tema, (Ferrajoli, L., 2003 y Zagrebelsky, G., 2005).

Encontramos la primera referencia con respecto al desarrollo del nuevo derecho constitucional en Europa, en la Ley Fundamental de Bonn (Constitución alemana¹²) de 1949, sobre todo después de que fue instaurado el Tribunal Constitucional Federal en 1951. La segunda referencia de destaque es la Constitución de Italia de 1947, y la posterior creación de la Corte Constitucional, en 1956. A partir de ese momento, se inició una fecunda producción teórica y jurisprudencial, responsable por el crecimiento científico y normativo del derecho constitucional en los países de tradición romano-germánica. A lo largo de los años setenta, una nueva onda de redemocratización y reconstitucionalización reforzó la adhesión a ese nuevo modelo, incluyendo a Grecia (1975), Portugal (1976) y España (1978).

En la década de los ochenta, América Latina vivió el fin de los regímenes militares que se impusieron en gran parte de los países a lo largo de los años sesenta y setenta como consecuencia de la guerra fría. En el caso concreto de Brasil, la Constitución de 1988 propició el establecimiento y consolidación de un régimen democrático estable que ya ha sido puesto a prueba en sucesivas elecciones, inclusive con alternancia de partidos políticos en el poder. Por su parte, en Europa central y oriental, la onda de redemocratización y reconstitucionalización se inició a partir de la caída del Muro de Berlín, en octubre de 1989. En África del Sur, la transición del *apartheid* para una democracia multipartidaria se inició en 1990 y culminó con la Constitución que entró en vigor en febrero de 1997.

Ahora bien, tal y como se indicó al inicio del presente artículo el hecho de haberse impuesto como una ideología victoriosa, no le ha asegurado al constitucionalismo democrático una vigencia plena y sin contratiempos. Por el contrario, marcados por experiencias autoritarias y por la falta de tradición constitucionalista, diversos países, en América Latina, en la antigua Unión Soviética o en Europa oriental, han pasado por desvíos, por avances y retrocesos. Sin duda alguna, el amadurecimiento político e institucional es el resultado de un proceso histórico y no de un hecho datado.

II. El surgimiento de una cultura pos-positiva

El ambiente filosófico donde floreció el nuevo derecho constitucional puede ser denominado como pos-positivismo. El debate acerca de su caracterización es el resultado de la confluencia de dos grandes corrientes del pensamiento que fornecen visiones contrapuestas para el Derecho: el jusnaturalismo y el positivismo. Si bien se trata de dos corrientes opuestas, en algunas ocasiones son singularmente complementarias. Por un lado, las demandas de la sociedad y los anhelos del espíritu humano por seguridad y objetividad, y por legitimidad y justicia, por el otro, propiciaron la superación de modelos puros y absolutos, y produjeron un conjunto amplio y difuso de ideas que aún en nuestros días se encuentran en fase de sistematización¹³.

12. La Constitución alemana, promulgada en 1949, originalmente llamada "Ley Fundamental", destacaba su carácter provisorio, ya que la misma había sido concebida para una fase de transición. La Constitución definitiva solo debería ser ratificada después de que el país recuperase su unidad. El 31 de agosto de 1990 fue firmado el Tratado de Unificación que reguló la adhesión de la República Democrática Alemana (RDA) a la República Federal de Alemania (RFA). Después de la unificación no fue promulgada una nueva Constitución. Desde el 3 de octubre de 1990, la Ley Fundamental rige en toda Alemania.

13. Sobre el debate filosófico contemporáneo, pueden ser consultados algunos autores emblemáticos, tanto en el mundo anglosajón como en el romano-germánico, entre ellos: Rawls J., *A theory of justice*, 1980; Dworkin R., *Taking rights seriously*, 1977; Alexy R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997 (1ª. ed. Alemana 1986); Ferrajoli L., *Diritto e ragione*, 1989; Nino C. S., *Ética y derechos humanos*, 1989; Bonavides P., *Curso de direito constitucional*, 1982. También pueden ser consultados: Zagrebelsky G., *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, 2005 (1ª. ed. 1992); Garzón Valdés E. y Laporta F. J., *El derecho y la justicia*, 2000 (1ª. ed. 1996); Barroso L. R., *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*, *Revista Forense* 358:91, 2001. Con respecto al sentido del término, puede ser consultada la pertinente observación de Albert Calsamiglia, *Postpositivismo*, *Doxa* 21:209, 1998, p. 209: "En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. [...] Denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política".

El pos-positivismo se presenta, en cierto sentido, como una *tercera vía* entre las concepciones positivista y jusnaturalista: no trata con desinterés las demandas del Derecho por claridad, certeza y objetividad; pero tampoco entiende que el mismo está desconectado de la filosofía moral y de la filosofía política. De manera que el pos-positivismo contesta el postulado positivista referente a la separación entre Derecho, moral y política, no para negar la especificidad del objeto de cada uno de esos campos, sino más bien para reconocer la imposibilidad de tratarlos como espacios totalmente segmentados que no se influyen mutuamente. Por tanto, si bien es innegable la articulación complementaria entre ellos, la tesis central del positivismo que pregona su separación y que dominó el pensamiento jurídico por muchas décadas, en realidad, rinde tributo a una hipocresía¹⁴.

El nuevo Derecho Constitucional o neo-constitucionalismo es, en parte, producto de ese reencuentro entre la ciencia jurídica y la filosofía del Derecho. Para poder beneficiarse del amplio instrumental del Derecho, migrando del plano ético para el mundo jurídico, los valores morales que son compartidos por toda la comunidad, en dado momento y lugar, se materializan a través de principios que pasan a estar contemplados en la Constitución ya sea explícita o implícitamente. Algunos de ellos ya se encontraban estipulados desde larga data, como es el caso de la libertad y la igualdad, que sin embargo, a lo largo del tiempo han sufrido una constante evolución en lo que se refiere a su alcance y significado.

Otros principios, si bien clásicos, sufrieron relecturas y revelaron nuevas sutilezas, como es el caso del principio democrático, del principio republicano y del principio de separación de poderes. Incluso, hubo principios cuyas potencialidades solo fueron desarrolladas más recientemente como ocurrió con el principio de la dignidad de los seres humanos, el de razonabilidad/proporcionalidad y el principio de la solidaridad.

En realidad, la protección y promoción de los derechos fundamentales, como expresión de la dignidad humana y de la solidaridad social, así como la exigencia de la proporcionalidad¹⁵ a la hora de limitar esos derechos, son ideas centrales de la cultura pos-positivista¹⁶. Esos son elementos esenciales no solo para el derecho constitucional contemporáneo, sino también para la caracterización de cualquier sociedad política en tanto democracia constitucional.

-
14. Sobre la formación teórica del pos-positivismo, Diniz A. C. y Cavalcanti Maia A. C., Pós-positivismo. En: Barreto V. (org.), *Dicionário de filosofia do Direito*, 2006, p. 650-51: "Suprimida a rígida clivagem entre direito e moral, baluarte do positivismo jurídico até a obra de Hart, caminhamos a passos largos rumo a uma Teoria do Direito normativa, fortemente conectada com a Filosofia política e a Filosofia moral". Para estos autores, se pueden destacar cinco aspectos dentro del cuadro teórico pos-positivista: a) Una alteración en la agenda (que pasa a incluir temas como los principios generales del Derecho, la argumentación jurídica y la reflexión sobre el papel de la hermenéutica jurídica); b) la importancia de los casos difíciles; c) el ablandamiento de la dicotomía descripción/prescripción; d) La búsqueda de un lugar teórico más allá del jusnaturalismo y del positivismo jurídico; e) el papel de los principios a la hora de resolver casos difíciles.
 15. Sobre la idea de proporcionalidad, Alexy R. *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p. 111 e s.; Beatty D. M. *The ultimate rule of law*, 2004; Tushnet M., *Comparative constitutional law*. En: Reimann M. y Zimmermann R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, p. 1249; Kahn P. W., *Comparative Constitutionalism in a New Key*, *Michigan Law Review* 101:2677, 2002-2003, p. 2677, 2698-99; y Barroso L. R. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Brasileiro, *Revista Forense* 336, 1996.
 16. Sobre el desarrollo de un nuevo constitucionalismo mundial, fundado en los derechos fundamentales, v. Jackson V. C., (2005-2006), p. 111: "An era of human rights-based constitutionalism was born in the global constitutional moment that followed the defeat of Nazism, producing international human rights law and more tribunal issuing reasoned constitutional decisions".

III. Aspectos de Derecho Constitucional Contemporáneo

Sobre el impulso del nuevo constitucionalismo, tres grandes transformaciones revolucionaron el conocimiento convencional en torno a la aplicación del derecho constitucional en el mundo romano-germánico, a saber: a) El reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución. b) La expansión de la jurisdicción constitucional. c) El desarrollo de una nueva dogmática de interpretación constitucional. A continuación, se efectuará un análisis sucinto de cada una de esas transformaciones.

1. La fuerza normativa de la Constitución

Uno de los grandes cambios de paradigma ocurrido a lo largo del siglo XX, en el mundo romano-germánico, fue la atribución de normatividad a los preceptos constitucionales. Se superó el modelo que se había mantenido vigente en Europa hasta mediados del siglo pasado, en el cual la Constitución era vista simplemente como un documento esencialmente político, una especie de invitación para la actuación de los poderes públicos. La concretización de sus normas estaba invariablemente condicionada a la libertad de conformación de la persona legisladora o bien a la discrecionalidad de la Administración Pública. Al Poder Judicial no se le reconocía ningún tipo de papel relevante en la realización de la Constitución. Con la reconstitucionalización ocurrida después de la Segunda Guerra Mundial, ese contexto comenzó a cambiar. Tal cambio de paradigma se inició en Alemania¹⁷, un poco más tarde llegó a Italia¹⁸ y, bastante tiempo después, se extendió a países como Portugal¹⁹ y España²⁰.

Actualmente, puede afirmarse que el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y el carácter vinculante y obligatorio de sus disposiciones pasó a ser una premisa en el estudio de la Constitución. En ese sentido, es importante destacar que las normas constitucionales son dotadas de imperatividad, atributo de todas las normas jurídicas, y que su inobservancia debe deflagrar los mecanismos propios de la coacción del cumplimiento forzoso.

El debate acerca de la fuerza normativa de la Constitución solo llegó de manera consistente a América Latina en la década de los ochenta, y tuvo que enfrentar resistencias previsibles²¹. Además de las complejidades inherentes a la concretización de cualquier ordenamiento jurídico, los países del continente padecían patologías crónicas, ligadas al autoritarismo y a la insinceridad constitucional. Por lo tanto, no es ninguna sorpresa que las Constituciones hayan sido, hasta ese entonces, meros repositorios de promesas vagas y de exhortaciones a la persona legisladora infraconstitucional, sin aplicabilidad directa e inmediata. En Brasil, a partir de la reconstitucionalización, en 1988, ganaron densidad la doctrina y la jurisprudencia que afirmaban

-
17. Sobre el tema es de destacar el trabajo de Hesse K. La fuerza normativa de la Constitución. En: Escritos de derecho constitucional (1983). El texto original en alemán, de 1959, corresponde a su aula inaugural en la cátedra de la Universidad de Freiburg.
 18. En Italia, en un primer momento, la jurisprudencia negó el carácter preceptivo de las normas constitucionales que garantizan derechos fundamentales, considerando que las mismas no eran susceptibles de aplicación sin la intervención del legislador. Sobre el tema, v. Di Manno T., Code Civil e Constitution en Italie. En: Verpeaux M. (org.), *Code Civil e Constitution(s)*, 2005. Crisafulli V., *La Costituzione e le sue disposizione di principio*, 1952.
 19. Gomes Canotilho J.J. y Moreira V., *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 43 y ss.
 20. Para una perspectiva general con respecto al tema y sobre el caso específico español, pueden ser consultados, respectivamente, dos trabajos espléndidos de García de Enterría E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1991; y *La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*, 2003.
 21. Barroso L. R., *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2008 (la 1ª. Edición es de 1990). En la década de los años sesenta, en otro contexto y motivado por preocupaciones distintas, José Afonso da Silva escribió su célebre tesis *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1968.

la efectividad de las normas constitucionales, y permitieron que surgiera, finalmente, una verdadera Constitución²², respetada y eficaz en la práctica.

2. La expansión de la jurisdicción constitucional

Antes de 1945, en la mayor parte de Europa, estaba en vigor un modelo de supremacía del Poder Legislativo que seguía la línea de la doctrina inglesa referente a la soberanía del Parlamento, y la concepción francesa que entendía que la ley era la expresión de la voluntad general.

A finales de la década de los cuarenta, la onda constitucional no trajo apenas nuevas constituciones, sino que también comenzó a introducir un nuevo modelo inspirado en la experiencia americana: el modelo de supremacía constitucional²³. La fórmula traía consigo la constitucionalización de los derechos fundamentales que estarían inmunizados contra la acción eventualmente dañina del proceso político mayoritario. La protección de esos derechos pasaba a ser una competencia del Poder Judicial. Un sinnúmero de países europeos adoptaron un modelo propio de control de constitucionalidad, asociado a la creación de tribunales constitucionales²⁴.

Conforme fue indicado, así inicialmente ocurrió en Alemania (1951) y en Italia (1956). A partir de ese momento, se crearon tribunales constitucionales en toda la Europa continental²⁵. Actualmente, además del Reino Unido, solamente Holanda y Luxemburgo mantienen el modelo de supremacía parlamentaria. No obstante, incluso en esos países ya se observan ciertos matices.

22. NT: En palabras del autor: “uma “Constituição pra valer”.

23. Gardbaum S., The new commonwealth model of constitutionalism, *American Journal of Comparative Law* 49:707, 2001, p. 714: “The obvious and catastrophic failure of the legislative supremacy model of constitutionalism to prevent totalitarian takeovers, and the sheer scale of human rights violations before and during World War II, meant that, almost without exceptions, when the occasion arose for a country to make a fresh start and enact a new constitution, the essentials of the polar opposite American model were adopted. [...] These included the three Axis powers, Germany (1949), Italy (1948), and Japan (1947)”. En ese texto, Gardbaum, profesor de la Universidad de California, analiza, precisamente, tres experiencias que, en su opinión, quedaron fuera de la onda del judicial review: Reino Unido, Nueva Zelandia y Canadá.

24. Hans Kelsen fue quien introdujo el control de constitucionalidad en Europa, lo hizo en la Constitución de Austria de 1920. Dicho control fue perfeccionado con la reforma constitucional de 1929. Partiendo de una perspectiva doctrinaria distinta de aquella que prevaleció en los Estados Unidos, Kelsen concibió el control como una función constitucional (de naturaleza legislativa-negativa) y no propiamente como una actividad judicial. Para esos efectos, previó la creación de un órgano específico –el Tribunal Constitucional– encargado de ejercer ese control de manera concentrada. Barroso L. R., *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004, p. 18.

25. La tendencia continuó hacia Chipre (1960) y Turquía (1961). A raíz del influjo democratizador ocurrido en la década de los setenta, fueron instituidos tribunales constitucionales en Grecia (1975), España (1978), Portugal (1982) y Bélgica (1984). En los últimos años del siglo XX, se crearon cortes constitucionales en países del este europeo, como Polonia (1986), Hungría (1990), Rusia (1991), la República Checa (1992), Rumanía (1992), la República Eslovaca (1992) y Eslovenia (1993). Lo mismo ocurrió en países africanos, como Argelia (1989), África del Sur (1996) y Mozambique (2003). Sobre el tema, Miranda J., *Manual de direito constitucional*, t. 2, 1996, p. 383 y s.; Binenbojm G., *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2004, p. 39-40; Gardbaum S., *The new commonwealth model of constitutionalism*, *American Journal of Comparative Law* 49:707, 2001, p. 715-16.

En América Latina, la mayor parte de los países adopta el modelo de control de constitucionalidad vigente en los Estados Unidos²⁶. En el caso de Brasil, se sigue una fórmula ecléctica que combina el sistema norteamericano con el europeo.

Así, siguiendo la línea del sistema norteamericano, todas las personas juzgadoras y tribunales pueden negar la aplicación de leyes que consideren inconstitucionales. Ese modelo es conocido como incidental y difuso. Por otro lado, conforme a la tendencia del sistema europeo, el Supremo Tribunal Federal puede analizar la validez de una determinada ley. En ese supuesto, se está ante el denominado control principal (por acción directa) y concentrado. La Constitución de 1988 dio un significativo impulso al control de constitucionalidad a través de la acción directa, ampliando el elenco de órganos y personas que pueden interponerla con la finalidad de que el Supremo Tribunal Federal se pronuncie con respecto a la constitucionalidad o no de una determinada ley²⁷.

3. El desarrollo de una nueva interpretación constitucional

La consolidación del constitucionalismo democrático y normativo, la expansión de la jurisdicción constitucional y el influjo decisivo del pos-positivismo provocaron, en términos generales, un gran impacto sobre la hermenéutica jurídica y, especialmente, sobre la interpretación constitucional²⁸. Así, se vieron afectadas las premisas teóricas, filosóficas e ideológicas de la interpretación tradicional, inclusive y de forma notoria, en lo que se refiere al papel de la *norma*, sus posibilidades y límites, y en lo que respecta al papel del *intérprete*, su función y sus circunstancias.

Dentro de ese contexto, al lado de los elementos tradicionales de interpretación jurídica y de los principios específicos de interpretación constitucional, se desarrollaron nuevas categorías, a partir del reconocimiento de la normatividad de los principios, de la percepción de que pueden existir eventuales choques de normas constitucionales, de la creciente utilización de la técnica de la ponderación²⁹ y de la rehabilitación de la razón práctica en la argumentación jurídica como fundamento de legitimación de las decisiones judiciales.

Dentro de ese marco fue concebido y refinado el principio de la *razonabilidad o proporcionalidad*, producto de la confluencia de ideas provenientes de dos sistemas diversos: (i) la doctrina del debido proceso legal sustantivo del derecho constitucional norteamericano, en donde la materia fue tratada de forma pionera; y (ii) el principio del Estado de derecho dentro del ámbito del derecho público alemán. Sin embargo, a pesar de tener un origen diverso, dentro de esos principios se encuentran subyacentes los mismos valores: racionalidad, justicia, medida adecuada, rechazo de actos arbitrarios o caprichosos.

El principio de la razonabilidad/proporcionalidad, le permite al Poder Judicial invalidar actos legislativos o administrativos cuando: (a) no exista una adecuación entre el fin perseguido y el instrumento utilizado; (b) la medida no sea exigida o necesaria, existiendo un mecanismo alternativo que permitiría llegar al

26. Sobre el tema, Fernández Segado F., 2000.

27. De acuerdo con lo establecido en el artículo 103 de la Constitución, pueden interponer acciones directas de constitucionalidad, entre otros, el Presidente de la República, los gobernadores de los Estados, los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, confederaciones sindicales y entidades representativas de clase en el ámbito nacional.

28. Sobre el tema, en lengua española, García E. A., La interpretación de la Constitución, 1984; Canosa Usera R., Interpretación constitucional y fórmula política, 1988; Vigo R. L., Interpretación jurídica, 1999; Vernengo R. J., Interpretación del derecho. En: Garzón Valdés E. y Laporta F. J. (ed.), El derecho y la justicia, 2000; Serna P. (dir.), De la argumentación jurídica a la hermenéutica, 2003; Lorenzetti R. L., Teoría de la decisión judicial, 2006.

29. Sobre la ponderación, Sanchís L. P., Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En: Carbonnel M., Neoconstitucionalismo(s), 2003; y Rodríguez de Santiago J. M., La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo, 2000.

mismo resultado con una menor carga sobre el derecho fundamental (prohibición de exceso); (c) no hay proporcionalidad en sentido estricto, es decir, cuando lo que se pierde con la medida resulta ser de mayor relevancia que aquello que se gana³⁰.

IV. La Constitucionalización del Derecho o la relectura del Ordenamiento Jurídico a la luz de la Constitución

El conjunto de fenómenos supra indicados provocaron dos consecuencias importantes que han marcado la pauta tanto de la doctrina como de la jurisprudencia más recientes: la constitucionalización del Derecho y la consiguiente judicialización de las relaciones sociales.

La expresión *constitucionalización del Derecho* es de uso relativamente reciente y comporta múltiples sentidos. Con ella, podría pretenderse caracterizar, por ejemplo, cualquier ordenamiento jurídico en el cual prevalece una Constitución dotada de supremacía. Como este es un trazo común de un gran número de sistemas jurídicos contemporáneos, el uso de la misma en ese sentido la haría carecer de especificidad.

Por tanto, debe aclararse que no es en esos términos que esa expresión será utilizada en el presente artículo. Por otra parte, tal locución podría servir también para identificar el hecho de que la Constitución formal incorpore en su texto un sinnúmero de temas relacionados con las ramas infraconstitucionales del Derecho³¹. A pesar de que esta sea una situación dotada de características propias, tampoco se estará cuidando de ella en el presente trabajo.

La idea de constitucionalización del Derecho aquí analizada está asociada a un efecto expansivo de las normas constitucionales, cuyo contenido material y axiológico se irradia con fuerza normativa por todo el sistema jurídico³².

30. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE, 30, 292 (316). En la doctrina alemana, v. por todos, Alexy R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p. 111 y ss. En el derecho francés, v. Xavier P., *Le controle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*. Marseille, Économica, 1990. En el derecho italiano, Scaccia G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 2000. En la lengua inglesa, v. David M. Beatty, *The ultimate rule of the law*, Oxford – New York, Oxford University Press, 2004, p. 159 y s.

31. Se trata de un fenómeno iniciado, de cierta forma, con la Constitución portuguesa de 1976, continuado por la Constitución española de 1978 y llevado al extremo por la Constitución brasileña de 1988. Sobre el tema, Bon P., *Table ronde: Le cas de Espagne*. En: Verpeaux M. (org.), *Code Civil et Constitution(s)*, 2005, p. 95:

“Como se sabe, la Constitución española de 1978 es un perfecto ejemplo del trazo característico del constitucionalismo contemporáneo, en el cual la Constitución no se limita más, como en el pasado, a disponer sobre los principios fundamentales del Estado, a elaborar un catálogo de derechos fundamentales, a definir las competencias de las instituciones públicas más importantes y a prever el modo de su revisión. Ella viene a regir prácticamente todos los aspectos de la vida jurídica, dando lugar al sentimiento de que no hay fronteras a la extensión de su dominio: todo (o casi) puede ser objeto de normas constitucionales; ya no hay un contenido material (y casi inmutable) de las Constituciones” (traducción libre, texto ligeramente editado). NT: Con respecto a esta cita, se encuentra basada en la traducción libre para el portugués que fue realizada por el autor.

32. Algunos autores han utilizado los términos *impregnar* e *impregnación* que en ciertas lenguas pueden asumir una connotación peyorativa. Favoreu L. –notable divulgador del derecho constitucional en Francia, fallecido en 2004–, *La constitutionnalisation du Droit*. En: Mathieu B. y Verpeaux M., *La constitutionnalisation des branches du Droit*, 1998, p. 191: “Quiere designarse aquí, principalmente, la constitucionalización de los derechos y libertades, que conducen a una impregnación de los diferentes ramos del derecho, al mismo tiempo que llevan a su transformación”.

NT: Con respecto a esta cita, se encuentra basada en la traducción libre para el portugués que fue realizada por el autor. También puede ser consultado sobre el tema Guastini R., *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. En: Carbonnel M., *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 49: “Por ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”.

Los valores, los fines públicos y los comportamientos contemplados en los principios y reglas de la Constitución pasan a condicionar la validez y el sentido de todas las normas del derecho infraconstitucional. Evidentemente, la constitucionalización repercute sobre la actuación de los tres Poderes, inclusive, de forma notoria, en las relaciones de estos con los particulares. No obstante, repercute también en las relaciones entre particulares, limitando la autonomía de su voluntad en nombre de la protección de valores constitucionales y de los derechos fundamentales³³.

Hay un consenso razonable, en el sentido de que el marco inicial del proceso de constitucionalización del Derecho fue establecido en Alemania. Allí, sobre el régimen de la Ley Fundamental de 1949 y una vez consolidadas las posiciones doctrinarias de larga data, el Tribunal Constitucional Federal determinó que los derechos fundamentales, además de su dimensión subjetiva de protección de situaciones individuales, desempeñan otra función, la cual es instituir un orden objetivo de valores.

En ese sentido, el sistema jurídico debe proteger determinados derechos y valores, no solo para el eventual beneficio que estos puedan traer para una o más personas, sino también, porque existe un interés general por parte de la sociedad para que los mismos sean satisfechos. Las normas constitucionales condicionan la interpretación de todas las ramas del Derecho, sea público o privado, y además, vinculan a los Poderes estatales. El primer gran precedente sobre la materia fue el caso *Lüth*³⁴, juzgado el 15 de enero de 1958³⁵.

A partir de ese momento, basándose en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución alemana, el Tribunal Constitucional promovió una verdadera “revolución de ideas”³⁶, especialmente en el campo del derecho civil. De hecho, a lo largo de los años subsiguientes, la Corte invalidó dispositivos del BGB, imponiendo la interpretación de las normas de acuerdo con la Constitución y determinando la elaboración de nuevas leyes. Así, por ejemplo, para atender al principio de igualdad entre hombres y mujeres, se introdujeron reformas legislativas en materia de régimen matrimonial, derechos de los ex cónyuges después del divorcio, patria potestad, nombre de familia y derecho internacional privado. De igual manera, el principio de igualdad entre

33. Sobre el tema, en portugués, Sarmiento D., *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004. En español, Bilbao Ubillo J. M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, 1997; En inglés, Tushnet M., *Comparative constitutional Law*. En: Reimann M. y Zimmermann R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, p. 1252-3.

34. Los hechos subyacentes eran los siguientes. Erich Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, incitaba al boicot de una película dirigida por Veit Harlan, cineasta que había sido ligado al régimen nazi en el pasado. La productora y la distribuidora de la película obtuvieron, en la jurisdicción ordinaria, una decisión que ordenaba el cese de tal conducta, por considerar que la misma producía una violación al 826 del Código Civil (BGB) (“Quien, atente contra las buenas costumbres, provoque daño a otro, está obligado a reparar los daños causados”). El Tribunal Constitucional Federal revocó la decisión, en nombre del derecho fundamental a la libertad de expresión, que debería pautar la interpretación del Código Civil.

35. BverfGE 7, 198. En Schwabe J., *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, 2003, p. 132-37: “Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho. [...] Ese sistema de valores, que encuentra su punto medio al interior de la comunidad social, en el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad del ser humano, como decisión constitucional fundamental, debe ser válido para todas las esferas del derecho; el legislativo, la administración y la jurisdicción, reciben directrices e impulso. Este influye, por supuesto, también al derecho civil; ninguna disposición del derecho civil puede estar en contradicción con él, todas deben interpretarse en su espíritu. [...] La expresión de una opinión, que contiene un llamado a un boicote, no viola necesariamente las buenas costumbres, en el sentido del § 826 del Código Civil; puede estar justificada constitucionalmente mediante la libertad de opinión, al ponderar todas las circunstancias del caso”.

NT: Con respecto a esta cita, en el texto original, el autor realizó una traducción libre y editada para el portugués.

36. Corneloup S., *Table ronde: Le cas de l’Allemagne*. En: Verpeaux M., *Code Civil e Constitution(s)*, 2005, p. 85.

los hijos legítimos y los hijos naturales provocó reformas en el derecho de filiación³⁷. Aunado a ello, se dictaron decisiones importantes en temas como uniones homoafectivas³⁸ y derecho contractual³⁹.

Por su parte, en Italia, el proceso de constitucionalización del derecho no se inició sino hasta la década de los sesenta y se consolidó en los años setenta. Es importante recordar que pese a que la Constitución italiana haya entrado en vigor en 1948, la Corte Constitucional no fue creada sino hasta 1956. A partir de entonces, las normas constitucionales de derechos fundamentales pasaron a ser directamente aplicables, sin intermediación por parte de la persona legisladora. Tal y como ocurrió en Alemania, la influencia de la lectura constitucional en el derecho infraconstitucional se manifestó en declaraciones de inconstitucionalidad, en convocatorias de actuación al legislador y en la reinterpretación de las normas ordinarias en vigor⁴⁰.

En Francia, el proceso de constitucionalización del Derecho tuvo inicio mucho más tarde, y aún en nuestros días, vive una fase de afirmación. La Constitución de 1958, como es bien sabido, no previó el control de constitucionalidad; en la cual no se adoptaron el modelo europeo ni tampoco el norteamericano, sino que se optó por una fórmula diferenciada: la del control previo, ejercido por el Consejo Constitucional en relación con algunas leyes, antes de que las mismas entraran en vigor⁴¹.

-
37. Corneloup S., Table ronde: Le cas de l'Allemagne. En: Verpeaux M., Code Civil e Constitution(s), 2005, p. 87-8, con identificación de cada una de las leyes. La jurisprudencia referida en la secuencia del párrafo fue encontrada a partir de referencias contenidas en ese texto.
 38. En un primer momento, en nombre del principio de igualdad, una ley de 16 de febrero del 2001, disciplinó las uniones homosexuales poniendo fin a la discriminación existente. En un segundo momento, esta ley fue impugnada como inconstitucional, bajó el argumento de que estaría en contradicción con lo dispuesto en el art. 6º, I de la Ley Fundamental –de acuerdo con esa norma “el matrimonio y la familia son colocados sobre la protección particular del Estado”–, al legitimar otro tipo de institución del derecho de familia, paralelo al matrimonio heterosexual. La Corte no acogió el argumento, sosteniendo que la nueva ley ni impedía el matrimonio tradicional ni confería a la unión homosexual ningún tipo de privilegio en relación a la unión convencional (1 BvF 1/01, de 17 julio de 2002, con votos contrarios de los jueces Papier y Hass, v. sitio www.bverfg.de, acceso el 4 de agosto de 2005).
 39. Un contrato de fianza realizado por una joven en favor de su padre, teniendo por objeto una cantidad muy superior a su capacidad financiera, fue considerado nulo por ser contrario a la moral (BverfGE t. 89, p. 214, citado por Corneloup S., Table ronde: Le cas de l'Allemagne. En: Verpeaux M., Code civil e constitution(s), 2005, p. 90); un pacto nupcial en el cual una mujer embarazada renunció a alimentos en nombre propio y en nombre del niño fue considerado nulo, por no poder prevalecer la libertad contractual cuando existe dominación de una parte sobre la otra (1 BvR 12/92, de 6 febrero de 2001, unánime, v. sitio www.bverfg.de. Acceso el 4 de agosto de 2005); un pacto sucesorio que imponía al hijo mayor del emperador Guillermo II el deber de casarse con una mujer que cumpliera con determinadas condiciones allí impuestas, fue considerado nulo por violar la libertad de matrimonio (1 BvR 2248/01, del 22 de marzo de 2004, unánime, v. sitio www.bverfg.de. Acceso el 4 de agosto de 2005).
 40. De 1956 a 2003, la Corte Constitucional dictó 349 decisiones referentes a temas constitucionales en los cuales estaba de por medio el Código Civil. De las mismas, en 54 se declaró la inconstitucionalidad de sus dispositivos. Además, fueron dictadas resoluciones en temas que incluyeron adulterio, uso de nombre del marido y derechos sucesorios de hijos ilegítimos, entre otros. En el plano legislativo, sobre la influencia de la Corte Constitucional, se aprobaron, a lo largo de los años, modificaciones profundas en el derecho laboral y en el derecho de familia, inclusive en relación con el divorcio y el régimen de adopción. Esas reformas, llevadas a cabo por leyes especiales, provocaron la denominada “descodificación” del derecho civil. Irti N., L'età della decodificazione, 1989; Di Manno T., Table ronde: Le cas de l'Italie. En: Verpeaux M., Code Civil e Constitution(s), 2005, p. 103 y s.; Perlingieri P., Perfis do direito civil, 1997, p. 5; Guastini R., La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: Carbonnel M., Neoconstitucionalismo(s), 2003, p. 63-7.
 41. Favoreu L., La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958. En: www.conseil-constitutionnel.fr, acceso el 26 de julio de 2005; Luchaire F., Le Conseil Constitutionnel, 3 vs., 1997; John Bell, French constitutional law, 1992.

De modo que, en sentido estricto, no puede decirse que en el sistema francés exista una verdadera jurisdicción constitucional. No obstante, algunos avances significativos y constantes han venido ocurriendo, comenzando por la decisión de 16 de julio de 1971⁴². Posteriormente, se introdujo la Reforma del 29 de octubre de 1974, a través de la cual se ampliaba la legitimidad para suscitar la actuación del Consejo Constitucional⁴³. De manera que, de forma paulatina, comienzan a ser incorporados al debate constitucional francés temas como la *impregnación* del ordenamiento jurídico por la Constitución⁴⁴, el reconocimiento de la fuerza normativa de las normas constitucionales y el uso de la técnica de la interpretación conforme a la Constitución. Cabe advertir que tal proceso de constitucionalización del Derecho enfrenta una fuerte resistencia por parte de la doctrina más tradicional que sostiene que ese proceso trae consigo diversas amenazas, y que supondría una usurpación de los poderes del Consejo de Estado y de la Corte de Casación⁴⁵.

En los Estados donde el proceso de democratización fue realizado más tardíamente, como es el caso de Portugal (1976), de España (1978)⁴⁶ y de Brasil (1988), la constitucionalización del Derecho ha sido un proceso más reciente, aunque muy intenso.

En el caso particular de Brasil, como consecuencia de una Constitución extensa y analítica, la constitucionalización del Derecho asumió un doble carácter: a) Por un lado, se incorporó o se trajo para la Constitución una serie de principios relacionados con múltiples áreas del Derecho, incluyendo el derecho civil, administrativo, penal, procesal, entre otros. b) Por otra parte, la influencia e ida de principios constitucionales fundamentales –como

42. Objetivamente, la decisión 71-44 DC, del 16 de julio de 1971 (En: www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm, acceso el 26 de julio. 2005) consideró que la exigencia de autorización previa, administrativa o judicial para la constitución de una asociación violaba la libertad de asociación. Sin embargo, en realidad, su importancia radica en el hecho de que los derechos fundamentales previstos en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en el preámbulo de la Constitución de 1946 fueron reconocidos e incorporados en la Constitución de 1958, según se desprende del preámbulo de esta, y por tanto, se considera que constituyen un parámetro para el control de constitucionalidad de las leyes. Esta decisión reforzó el prestigio del Consejo Constitucional que pasó a desempeñar el papel de protector de los derechos y libertades fundamentales. Sobre la importancia de esa decisión, Hamon L., *Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels*, 1974, p. 83-90; Haimbowgh G., *Was it France's Marbury v. Madison?*, *Ohio State Law Journal* 35:910, 1974; Beardsley J.E., *The Constitutional Council and constitutional liberties in France*, *American Journal of Comparative Law*, 1972, p. 431-52. Para analizar un comentario detallado de la decisión, Favoreu L. y Philip L., *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 2003.

43. A partir de ese momento, el derecho de invocar la actuación del Consejo Constitucional que antes era atribuido apenas al Presidente de la República, al Primer Ministro, al Presidente de la Asamblea Nacional y al Presidente del Senado, se extendió también a sesenta diputados o a sesenta senadores. El control de constitucionalidad se tornó importante instrumento de actuación de la oposición parlamentaria. Entre 1959 y 1974, se dictaron apenas 9 (nueve) decisiones sobre leyes ordinarias (por iniciativa del Primer Ministro y del Presidente del Senado) y 20 (veinte) sobre leyes orgánicas (de pronunciamiento obligatorio). De 1974 hasta 1998, hubo 328 interposiciones (*saisine*) ante el Consejo Constitucional. Los datos constan en Favoreu L., *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. En: www.conseil-constitutionnel.fr, acceso el 26 de julio de 2005.

44. Favoreu L., *La constitutionnalisation du Droit*. En: Mathieu Bertrand y Verpeaux M., *La constitutionnalisation des branches du Droit*, 1998, p. 190-2.

45. Sobre la discusión del tema puede consultarse Drago G, François B. y Molfessis N. (org.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, 1999. En la conclusión del libro que documenta el Coloquio de Rennes de septiembre de 1996, François Terré, al presentar lo que correspondería a la conclusión del evento, formuló crítica áspere al aumento de influencia del Consejo Constitucional: "Les perpétuelles incantations que suscitent l'État de droit, la soumission de l'État à des juges, sous l'influence conjuguée du kelsenisme, de la mauvaise conscience de l'Allemagne Fédérale et de l'américanisme planétaire sont lassantes. Des contrepoids s'imposent. Puisque le Conseil Constitutionnel est une juridiction, puisque la règle du double degré de juridiction et le droit d'appel sont devenus paroles d'évangile, il est naturel et urgent de faciliter le recours au referendum afin de permettre plus facilement au peuple souverain de mettre, lè cās échéant, un terme aux errances du Conseil constitutionnel" (p. 409).

46. Sobre la protección de los derechos humanos en España y Europa, Martín-Retortillo Baquer L., (2006). *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos*.

el de la dignidad de los seres humanos–, a los diferentes dominios del derecho infraconstitucional, dieron un nuevo sentido y alcance a sus normas e institutos.

Al lado de la constitucionalización del Derecho, se verificó un proceso extenso y profundo de judicialización de las relaciones sociales y de cuestiones políticamente controvertidas, lo que encendió el debate acerca del papel del Poder Judicial y de la legitimación democrática de su actuación.

La trayectoria descrita corresponde a lo que suele ser identificado como la *americanización* del Derecho Constitucional en el mundo del derecho civil. De hecho, la centralidad de la Constitución, la constitucionalización de los derechos fundamentales, el sometimiento de todo el ordenamiento jurídico a los principios constitucionales y la primacía del Poder Judicial en la interpretación de la Constitución son características que siempre estuvieron presentes en el constitucionalismo de los Estados Unidos desde sus inicios. Sus bases teóricas pueden ser encontradas en el *Federalista* y, concretamente, hay precedente judicial firmado desde 1803.

Sin embargo, curiosamente, el modelo que conquistó al mundo vive en la actualidad un momento de crisis doméstica. A continuación se relatará la experiencia constitucional norteamericana, dando un especial énfasis a la jurisprudencia de la Suprema Corte en los últimos sesenta años.

Parte III

El Modelo Americano de Constitucionalismo

El auge del sector conservador y el declive del papel de la Suprema Corte

I. MARBURY VS. MADISON: Los fundamentos de la Jurisdicción Constitucional⁴⁷

Marbury vs. Madison fue la primera decisión donde la Suprema Corte afirmó que tenía el poder de ejercer el control de constitucionalidad y negó la aplicación de leyes que, de acuerdo con su interpretación, fueran inconstitucionales. Debe destacarse que la Constitución no le confería a la Suprema Corte o a cualquier otro órgano judicial, de modo explícito, una competencia de esa naturaleza. Al decidir el caso, la Corte procuró demostrar que esa atribución se derivaba de una lectura lógica del sistema. La argumentación desarrollada por Marshall acerca de la supremacía de la Constitución, de la necesidad del *judicial review* y de la competencia del Poder Judicial en la materia ha sido considerada como primorosa⁴⁸.

47. Nowak y Rotunda, (2000) *Constitutional law*; Tribe L. (2000). *American constitutional law*; Stone, Seidman, Sunstein y Tushnet. (1996). *Constitutional law*; Gunther G., (1985). *Constitutional law*; Lockhart, Kamisar, Choper, Shiffin, *Constitutional law*, (1986). (Con Suplemento de 2000); Glennon, Lively, Haddon, Roberts, Weaver. (1997). *A constitutional law anthology*; Murphy, Fleming y Harris. (1986) II, *American constitutional interpretation*; Hall K. L. (editor), (1999). *The Oxford Guide to United States Supreme Court decisions*; Fairfield R. P. (editor), (1981). *The federalist papers*; Bloch S. y Marcus M. (1986), John Marshall's selective use of history in *Marbury v. Madison*, *Wisconsin Law Review*, 301; Lockard y Murphy. (1992). *Basic cases in constitutional law*; Bartholomew y Menez. (1983). *Summaries of leading cases on the constitution*; Hall K. L. (editor). (2005). *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*.

48. Sin embargo, no era pionera ni original. De hecho, había precedentes identificables en diversos períodos de la historia, desde la antigüedad e, inclusive, en los Estados Unidos. El argumento ya había sido utilizado en el período colonial, teniendo como fundamento el derecho inglés o con base en las cortes federales inferiores y estatales. Además, en el plano teórico, Alexander Hamilton, el *Federalista* n.º 78, había expuesto analíticamente esa tesis en 1788. No obstante, fue con *Marbury vs. Madison* cuando la misma se ganó al mundo y enfrentó con éxito resistencias políticas y doctrinarias de diversos matices. Hamilton, Madison y Jay, (1981). *The Federalist Papers*, seleccionados y editados del original por Fairfield R; Hall K. L. (editor), (1999). *The Oxford Guide to United States Supreme Court decisions*, p. 174; Cappelletti M., (1984). *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 59; Gunther G., (1985). *Constitutional law*. (Con Suplemento de 1988), p. 21 y s.

Al exponer sus razones, Marshall enunció los tres fundamentos que justificaban el control judicial de constitucionalidad. En primer lugar, la *supremacía de la Constitución*: “Todos aquellos que elaboraron constituciones escritas la encaran como la ley fundamental y suprema de la nación”. En segundo lugar, y como consecuencia natural de la premisa establecida, afirmó *la nulidad de la ley que contrarie la Constitución*: “Un acto del Poder Legislativo contrario a la Constitución es nulo”. Finalmente, el punto más controvertido de su decisión: *el Poder Judicial es el intérprete final de la Constitución*:

*Es enfáticamente competencia del Poder Judicial decir el derecho, el sentido de las leyes. Si la ley estuviese en contradicción con la Constitución, la Corte deberá determinar cual de esas normas en conflicto regirá en la hipótesis concreta. Y si la Constitución es superior a cualquier acto ordinario emanado del Legislativo, la Constitución, y no el acto ordinario, debe regir el caso al cual ambos se aplican*⁴⁹.

Indiscutiblemente el voto de Marshall refleja, de manera intensa, las circunstancias políticas dentro de las cuales se encuentra su relator. Al establecer la competencia del Poder Judicial para revisar los actos del Ejecutivo y del Legislativo a la luz de la Constitución, era su propio poder el que estaba siendo demarcado, el cual además vendría a ejercer por los treinta y cuatro largos años en que permaneció en la presidencia de la Corte⁵⁰.

Sin embargo, la decisión traía un toque insuperable de sagacidad política. Las tesis desarrolladas en la decisión que, en última instancia, daban poderes al Poder Judicial sobre los otros dos ramos del gobierno, jamás serían aceptadas pasivamente por Jefferson y por los republicanos del Congreso. No obstante, como nada les fue ordenado –por el contrario, en el caso concreto fue su voluntad la que prevaleció– no tenían cómo incumplir o desafiar la decisión. Con todo, en la medida en que la resolución se distanció en el tiempo de la coyuntura turbulenta donde fue dictada y de los aspectos específicos del caso concreto, esta ganó mayor dimensión, y pasó a ser celebrada universalmente como el precedente que determinó la prevalencia de los valores permanentes de la Constitución sobre la voluntad circunstancial de las mayorías legislativas⁵¹.

49. Marbury vs. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). El texto transcrito está editado. Además, para defender la competencia del Poder Judicial con el fin de desempeñar el control de constitucionalidad, en el voto se acrecentó lo siguiente: “(De lo contrario), si el legislativo viniera a hacer lo que es expresamente prohibido, tal acto, a pesar de la expresa prohibición, en realidad, se tornaría efectivo. Eso acabaría dando al legislativo una omnipotencia práctica y real”.

50. En la secuencia histórica, y teniendo en cuenta el modelo de Estado federal adoptado en los Estados Unidos, la Suprema Corte estableció que era de su competencia ejercer también el control sobre los actos, leyes y decisiones estatales referentes a la Constitución y de las leyes federales, conociendo los recursos contra pronunciamientos de los tribunales de los Estados. En 1819, en el proceso de McCulloch vs. Maryland, volvió a apreciar la constitucionalidad de una ley federal (en la cual el Congreso instituía un banco nacional) que, entre tanto, fue reconocida como válida. No fue hasta 1857, más de cincuenta años después de la decisión de Marbury vs. Madison, cuando la Suprema Corte volvió a declarar una ley inconstitucional, en la trágica decisión dictada en Dred Scott vs. Sandford que exacerbó la discusión sobre la cuestión de la esclavitud y terminó desempeñando un importante papel en el desencadenamiento de la Guerra Civil.

51. Antes continuar, es oportuno hacer una observación relevante. La Parte III del presente estudio está destinada a un análisis objetivo de la interpretación constitucional y del control de constitucionalidad desarrollado por la Suprema Corte en las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial y hasta nuestros días. Por esta razón, no serán tratados aquí períodos históricos importantes para el derecho constitucional americano, como es el caso de la Reconstrucción y del New Deal. Tampoco será analizado el activismo judicial conservador, fundando en el debido proceso legal sustantivo, que se extiende desde el final del siglo XIX hasta la segunda mitad de la década de los treinta del siglo XX. Conocido como *Lochner Era*, ese período se caracterizó por la declaración de inconstitucionalidad de un sinnúmero de leyes que permitían la regulación económica por parte del Gobierno y promovían derechos sociales (welfare rights). Este período se encierra después del enfrentamiento de Franklin Roosevelt con la Suprema Corte que seguidamente invalidó leyes que previeron una mayor intervención del Estado en el orden económico y social. En 1937, al resolver *West Coast vs. Parrish*, la Suprema Corte cedió paso a los nuevos tiempos y a las nuevas mayorías políticas, considerando constitucional una ley estatal que establecía el salario mínimo para las mujeres.

II. EL LEGADO DE WARREN: El Activismo Judicial y la protección de los derechos fundamentales⁵²

Los dieciséis años en que la Suprema Corte americana estuvo sobre la presidencia de Earl Warren (1953-1969) integran de manera indeleble el imaginario del constitucionalismo democrático contemporáneo. Su afirmación de la igualdad entre los hombres y de los otros derechos individuales inspiró generaciones de militantes de los derechos humanos, constitucionalistas y estadistas por todo el mundo. Esa energía inmensa, que atravesó los continentes, fue el producto de una idea tentadora que entiende que una Corte de Justicia progresista puede promover la revolución humanista que el proceso político mayoritario no es capaz de realizar. Las minorías reaccionarias y las mayorías acomodadas eran capaces de retardar indefinidamente el proceso histórico. En esos momentos, era necesario que una vanguardia intelectual, comprometida con los avances de la civilización y con la causa de la humanidad, desobstruyera el camino y de paso el progreso social.

Se pueden realizar advertencias y objeciones con respecto a la visión idealista abrigada en esa posición, así como con relación a los riesgos democráticos que la misma envuelve. No obstante, la verdad es que cuando Earl Warren dejó la presidencia de la Suprema Corte, en 1969, la segregación en escuelas y en los otros ambientes públicos ya no era permitida; la arbitrariedad policial contra personas pobres y negras había disminuido; los y las comunistas o personas sospechosas de serlo no podían ser expuestas de manera degradante y ruinosa para sus carreras y sus vidas; personas imputadas en procesos penales no podían ser procesadas sin un abogado o una abogada; el Estado no podía invadir el cuarto de un matrimonio en busca de anticonceptivos.

Todas las profundas transformaciones descritas fueron realizadas sin ningún tipo de acto por parte del Congreso o decreto presidencial. (Newson, J. 2006, p. 405).

A continuación, se realizará una síntesis de la jurisprudencia más emblemática que fue producida por la Corte Warren, responsable por la reconsideración de más de cincuenta precedentes⁵³.

-
52. Newton J., *Justice for all: Earl Warren and the Nation he made*, 2006; Horwitz M. J., *The Warren Court and the pursuit of justice*, 1998; Sayler R. H., Barry B. Boyer e Robert E. Gooding, Jr (eds.), *The Warren Court: a critical analysis*, 1968; Epstein Lee; Walker T. G., *Constitutional law for a changing America: institutional powers and constraints*, 1995; Hoffer P. C., Hull Hoffer W. y N.E.H. Hull, *The Supreme Court: an essential history*, 2007; Cottrol R. J., Diamond R.T. y Ware L. B., *Brown v. Board of Education: caste, culture, and the Constitution*, 2003; Hall K. L. (editor), *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, 2005; Stephenson Jr G., The judicial bookshelf, *Journal of Supreme Court History* 31:306; Parrish M. E., Review essay: Earl Warren and the American judicial tradition. *Law & Social Inquiry*, volume 7, oct. 1982. En lengua portuguesa, Moro S. F., (36:337, 2001).
53. Stephenson Jr G., The judicial bookshelf, *Journal of Supreme Court History* 31:306, p. 306: "The Warren Court was both busy and consequential, and was one of the most remarkable in judicial history. By one count, in the approximately 150 years before President Dwight Eisenhower's appointment of the fourteenth Chief Justice in 1953, the High Court had overruled seventy-five of its own precedents. During Warren's sixteen years in the center chair, the Court added another fifty-four to the list". El autor remite a Epstein L., Segal J. A., Spaeth H. J. y Walker T. G., 2004, p. 129-37.

La firme posición en favor de la *des-segregación racial* es celebrada como la principal contribución de la Corte Warren para el derecho constitucional americano y para la causa de los derechos civiles. *Brown vs. Board of Education*⁵⁴, juzgado en 1954, representó, en el plano jurídico, la superación de la doctrina de “separados, pero iguales”, establecida en *Plessy vs. Ferguson*⁵⁵, al considerar inconstitucional la separación entre niños blancos y negros en las escuelas públicas y determinar que debería ser implementada una política de integración.

Warren consiguió liderar a la Suprema Corte a una decisión unánime, de apenas once páginas, cuyo énfasis recaía no en aspectos jurídicos –como el sentido y alcance de la Enmienda 14 o la superación de *Plessy*–, sino en el argumento de la intrínseca desigualdad producida a raíz de la discriminación en materia de educación, por el sentimiento de inferioridad que ella producía en los niños negros, tal y como había sido demostrado en estudios psicológicos expresamente tomados en cuenta en el pronunciamiento de la Suprema Corte⁵⁶. Los efectos de esa decisión histórica se proyectarían en las décadas siguientes⁵⁷.

La actuación de la Corte Warren también rompió con los prejuicios de la época, en el área de los derechos de las personas sometidas a investigación o a un proceso penal. En *Mapp vs. Ohio*, 1961⁵⁸, declaró la inadmisibilidad de la utilización de pruebas obtenidas de modo ilícito por violar la Enmienda 4 que prohíbe búsquedas y aprehensiones irrazonables. En *Gideon vs. Wainwright* (1963)⁵⁹, extendió a las cortes estatales la obligatoriedad de proporcionar un abogado de defensa en los procesos penales a las personas imputadas que no tuvieran recursos para contratar uno. En *Miranda vs. Arizona* (1966)⁶⁰, indicó que el sospechoso debe ser informado de su derecho a ser asesorado por un abogado y de su derecho a no auto-incriminarse, pudiendo permanecer en silencio.

La Suprema Corte enfrentó la histeria anticomunista y la cacería de brujas motivada por la guerra fría⁶¹. En un sinnúmero de casos resueltos entre 1956 y 1957, la Corte procuró impedir la persecución y exposición pública

54. 347 U.S. 483 (1954).

55. 163 U.S. 537 (1896).

56. La nota de pie de página número. 11 hacía mención a un conjunto de estudios, como se verifica de su transcripción: “11. K. B. Clark, Effect of Prejudice and Discrimination on Personality Development (Midcentury White House Conference on Children and Youth, 1950); Witmer and Kotinsky, Personality in the Making (1952), c. VI; Deutscher and Chein, The Psychological Effects of Enforced Segregation: A Survey of Social Science Opinion, 26 J. Psychol. 259 (1948); Chein, What are the Psychological Effects of [347 U.S. 483, 495] Segregation Under Conditions of Equal Facilities?, 3 Int. J. Opinion and Attitude Res. 229 (1949); Brameld, Educational Costs, in Discrimination and National Welfare (MacIver, ed., (1949), 44-48; Frazier, The Negro in the United States (1949), 674-681. And see generally Myrdal, An American Dilemma (1944)”.

57. El primero gran efecto de la decisión en *Brown* fue simbólico, sirviendo de aliento y motivación para la comunidad negra en general que comenzó a articular el cumplimiento de la decisión, así como otros avances políticos y sociales. La decisión despertó, igualmente, gran reacción, especialmente en los Estados del sur, con declaraciones desafiantes de no acatamiento por parte de políticos y autoridades. Como no fue explicitado el modo cómo debería ser implementada, fue necesario un nuevo pronunciamiento de la Corte, conocido como *Brown II*, cerca de un año después, reiterando la posición unánime de los jueces y determinando que la integración debería ser realizada “con toda la velocidad posible”. En la práctica, la batalla por la concretización de la des-segregación se transfirió para las cortes distritales y todavía llevaría muchos años hasta completarse. Cottrol, R. J., Diamond R. T. y Leland B. Ware, *Brown v. Board of Education: Caste, culture, and the Constitution*, 2003, especialmente p. 183 y s. En 1967, Thurgood Marshall, principal abogado de la National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) que promovió el caso *Brown* y, antes de él, muchos otros, fue el primer afroamericano que fue nombrado en la Suprema Corte.

58. 367 U.S. 335 (1961).

59. 372 U.S. 335 (1963).

60. 384 U.S. 436 (1966).

61. Es interesante destacar que el presidente Eisenhower había nombrado a cuatro de los ministros que componían la Corte, a esa altura acusada de defender comunistas: Warren, Brennan, Harlan e Whittaker. Newton J., *Justice for all*, 2006, p. 354.

bochornosa de comunistas o personas acusadas de ser comunistas⁶². Por esta actuación, la Suprema Corte, que ya sufría el rechazo ostensivo de los líderes del sur debido a su posición en cuestiones raciales, pasó a ser hostilizada también por los que la consideraban condescendiente con los comunistas.

Diversos historiadores y el propio Warren estimaron que la actuación más relevante de la Suprema Corte, en el período descrito, tuvo por objeto una materia con una menor visibilidad y repercusión fuera de los Estados Unidos: la reordenación de los distritos electorales⁶³. En una gran cantidad de estados, el modo cómo los distritos electorales eran divididos favorecía a las oligarquías políticas tradicionales y, sobre todo, disminuía el peso electoral de las personas electoras negras.

En *Baker vs. Carr* (1962)⁶⁴, la Corte superó la tesis que entendía que el asunto se trataba de una cuestión política⁶⁵ y que, por tanto, afectaba al Legislativo y no a los tribunales. Al admitir rever y redefinir los distritos electorales – decisión ratificada y discutida a profundidad en *Reynolds vs. Simms* y *Lucas vs. Colorado General Assembly*⁶⁷ –, la Suprema Corte reiteró uno de los fundamentos del constitucionalismo democrático: aquel que se refiere a que las mayorías pueden violar los derechos fundamentales⁶⁸. En la secuencia histórica, la Corte afirmó la constitucionalidad del *Voting Rights Act* de 1965 que impedía medidas que dificultaran el registro de personas electoras negras⁶⁹.

Como se puede observar, la Corte Warren transfirió el foco de las resoluciones de la Suprema Corte del derecho de propiedad para los derechos personales. En el ámbito de la *libertad de expresión*, decisiones como la del *New York Times vs. Sullivan* (1964)⁷⁰ y *Brandenburg vs. Ohio* (1969)⁷⁰ abrieron el camino para una prensa fuerte y libre. En *Griswold vs. Connecticut* (1965)⁷², se afirmó *el derecho de privacidad*, y se reconoció, con base en la Enmienda 9, la existencia de derechos no enumerados en el *Bill of Rights*. Todavía en el plano de la *igualdad racial*, la Corte declaró, en *Loving vs. Virginia* (1967)⁷³, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la prohibición de los matrimonios interraciales que se encontraba vigente en Virginia y en otros dieciséis estados. En *Engel vs. Vitale* (1962)⁷⁴, consideró inconstitucional, por violación de la Enmienda 1, la lectura, todos los días en la mañana, de una oración en las escuelas públicas.

62. Pennsylvania v. Nelson (1956), Jencks v. United States (1957), Watkins v. United States (1957), Sweezy v. New Hampshire (1957), Service v. Dulles (1957) y Yates v. United States (1957).

63. Sayler R. H., Boyer B. B. y Goodign, R. E. Jr. (eds.), *The Warren Court*, 1969, p. vii; y Newton J., *Justice for all*, 2006, p. 388.

64. 369 U.S. 186 (1962).

65. Colegrove v. Green, 328 U.S. 549 (1946).

66. 377 U.S. 533 (1964).

67. 377 U.S. 713 (1964).

68. Lucas vs. Colorado General Assembly, 377 U.S. 713 (1964), 736: "An individual's constitutionally protected right to cast an equally weighted vote cannot be denied even by a vote of a majority of a State's electorate, if the apportionment scheme adopted by the voters fails to measure up to the requirements of the Equal Protection Clause. [...] A citizen's constitutional rights can hardly be infringed simply because a majority of the people choose that it be".

69. South Carolina vs. Katzenbach (1966), Harper vs. Virginia Board of Elections (1966) y Katzenbach vs. Morgan (1966).

70. 376 U.S. 254 (1964). Considerado un hito en materia de libertad de expresión, estableció el requisito de actual malice para la obtención de la reparación de daños en acciones movidas contra medios de prensa por crímenes contra la honra. Actual malice significa consciencia de falsedad de la imputación o total negligencia con respecto a la verificación de su veracidad.

71. 395 U.S. 444 (1969). Un discurso en evento público solamente puede ser considerado crimen si el mismo es destinado a incitar o producir acciones ilegales inminentes y si existe probabilidad de que las mismas ocurran.

72. 381 U.S. 479 (1965). La ley estadual, que prohíbe el uso de anticonceptivos y la actividad de aconsejar sobre el uso de medios anticonceptivos, viola el derecho de privacidad del matrimonio.

73. 388 U.S. 1 (1967).

74. 370 U.S. 421 (1962).

Al contrario de lo que algunas veces podría pensarse, el período analizado no fue marcado por una línea ininterrumpida de decisiones progresistas, tomadas por unanimidad o por mayorías amplias. Por el contrario, a pesar de la expresiva unanimidad lograda en la sentencia *Brown*, la Corte estuvo dividida por muchos años entre aquellos que defendían una posición activista y aquellos que defendían una autocontención judicial. Solamente con la jubilación de Wittaker y, sobre todo, de Félix Frankfurter, quien fue el principal líder en contra del activismo judicial, en 1962, y los nombramientos realizados por John Kennedy, quien había tomado posesión en el año anterior, Warren y la mayoría activista asumieron el control efectivo de la Corte. Warren se jubiló en 1969, después de un intento frustrado de dar a Lyndon Johnson la oportunidad de formar a su sucesor⁷⁵.

A pesar de ser asociada, invariablemente, con el activismo judicial, una vez analizada en perspectiva histórica, la Corte Warren se destaca, verdaderamente, por la construcción de una democracia inclusiva⁷⁶, por una visión humanista de los problemas sociales y por el avance de los derechos civiles e individuales, inclusive los no enumerados en la Constitución.

III. EL RETORNO DEL PÉNDULO: El auge del sector conservador y el discurso de la Autocontención Judicial.

1. La Corte Burger⁷⁷

Con la elección de Richard Nixon, en 1968, la agenda política del país se desplazó hacia la derecha, generando presión por una Suprema Corte más conservadora y menos activista. Para el puesto del Presidente de la Corte (*Chief Justice*), que en su momento fue de Earl Warren, fue nombrado Warren Burger, un abogado con vínculos políticos republicanos, que desde 1956 ejercía la judicatura en la Corte Federal de Apelaciones del Distrito de Columbia (*U.S. Court of Appeals for the District of Columbia*). Burger se oponía a la jurisprudencia producida por la Corte Warren, sobre todo en materia criminal, y era crítico del activismo judicial. Esas fueron razones decisivas para su designación en el cargo.

75. En junio de 1968, Warren entregó la carta en la cual comunicó su intención de jubilarse. Es de sobra conocido que, ante la perspectiva de victoria de Richard Nixon en las elecciones de aquel año, el Chief Justice quiso dar al Presidente la oportunidad de formar a su sucesor en la Corte. Lyndon Johnson indicó a Abe Fortas que ya estaba en la Suprema Corte desde 1965 como Associate Justice. La candidatura de Fortas, sin embargo, fue rechazada en el Senado, debido a varias razones que pesaron en su momento, entre ellas: la debilidad de un Presidente al final de su mandato y que no se postularía para la reelección; la visión crítica que muchos senadores tenían de la posición de la Corte en temas como crimen y obscenidad; y circunstancias asociadas a la personalidad y a ciertas actitudes de Fortas. Sobre el tema, Newton J. Justice for all, 2006, p. 491 y s; Kermit L. Hall (ed.), *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, 2005, p. 356-7; y Kalman L., Abe Fortas, 1990.

76. Horwitz, M. J., *The Warren Court and the pursuit of justice*, 1998, p. 115: "The Warren Court's inclusive idea of democracy was built on the revival of the Equal Protection Clause in *Brown*. It then spread beyond race cases to cover other outsiders in American society: religious minorities, political radicals, aliens, ethnic minorities, prisoners, and criminal defendants".

77. Schwartz B., *The ascent of pragmatism: the Burger Court in action*, 1990; Blasi V., *The Burger Court: The counter-revolution that wasn't*, 1983; Hoffer P. Ch., Hull Hoffer W. y N.E.H. Hull, *The Supreme Court: an essential history*, 2007; Hall K. (ed), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2. ed., 2005; Tushnet M., *The optimist's tale*, University of Pennsylvania Law Review 132:1257, 1984; Nichol G., Jr., *An activism of ambivalence*, Harvard Law Review 98:315, 1984; Nagel R. F., *On complaining about the Burger Court*, Columbia Law Review 84:2068, 1984.

Además del *Chief Justice*, Nixon nombró otros tres jueces (*Associate Justices*) a lo largo de su mandato presidencial⁷⁸. Cabe señalar que en realidad los nombramientos no produjeron el cambio jurisprudencial que se deseaba. Pese a que es innegable que la Corte Burger (1969-1986) haya sido el marco inicial de una duradera tendencia conservadora en muchos dominios, la contra-revolución [sic] temida por los liberales no llegó a ser consumada. (Tushnet M., 1984, p. 3). Ciertamente no fue una Corte caracterizada por la autocontención. El hecho real es que con sus idas y vueltas, sus indecisiones y señales contradictorias, la Corte Burger no desarrolló una línea jurisprudencial homogénea. En algunas áreas, indiscutiblemente significó un retroceso o, por lo menos, un freno a las posiciones de su antecesora. En otras, sin embargo, fue sorprendentemente avanzada, a pesar de la falta de entusiasmo o del voto de su Presidente.

Una de las áreas donde se dio un paso atrás fue en aquella referida a los derechos de los imputados en procesos penales, tema sobre el cual la jurisprudencia de la Corte se alineó al discurso de la ley, del orden y del aumento de la discrecionalidad policial. La Corte Burger produjo un conjunto de excepciones, limitaciones y calificaciones que matizaron el alcance de la jurisprudencia producida por la Corte (Warren Hoffer P. Ch., Hull Hoffer W. y Hull N.E.H., 2007, p. 402), sobre todo en lo que se refiere a la caracterización de la ilicitud de las pruebas⁷⁹ y a los derechos reconocidos a partir de *Miranda*⁸⁰. Tal vez, incluso más importantes que los cambios substantivos en esa materia, hayan sido las alteraciones de naturaleza procesal, con la reducción del alcance del *hábeas corpus* y las posibilidades de acceso al Poder Judicial federal⁸¹.

En lo que respecta a la pena de muerte, a pesar de lo resuelto en *Furman vs. Georgia* (1972)⁸², que consideró inconstitucional la pena de muerte tal y como estaba prevista en la legislación de Georgia y de Texas, por violar la Enmienda 8 ("cruel and unusual punishment"), la Suprema Corte admitió la mayor parte de las leyes estatales que fueron reescritas después de aquella decisión⁸³.

-
78. Fueron ellos: Harry Blackmun, Lewis Powell, Jr. y William Rehnquist. Gerald Ford indicó a John Paul Stevens. A Burger Court se completó con el primer nombramiento de Ronald Reagan, Sandra Day O'Connor. Sobre la actuación de esos jueces, señalaron Hoffer P. Ch., Hull Hoffer W. y Hull N.E.H., *The Supreme Court: an essential history*, 2007, p. 369: "[...] Harry Blackmun, moved from the right to the left on the Court. William H. Rehnquist would prove to be an able ally, but Warren Burger and Lewis Powell turned out to be conservative centrists. [...] John Paul Stevens, would join the liberal wing of the Court, and [...] Sandra Day O'Connor, proved to be a liberal on a number of issues and a moderate on many more".
 79. La decisión en *Mapp vs. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961) fue atacada en casos como *Schneklath vs. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973); *Stone vs. Powell*, 428 U.S. 465 (1976) y *Washington vs. Chrisman* (1982); *Illinois vs. Gates* (1983), *United States vs. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).
 80. Como fue destacado en *Miranda vs. Arizona* (1966), la Corte decidió que el sospechoso en materia criminal debe ser informado de su derecho de ser asesorado por un abogado y de su derecho de no auto incriminarse, pudiendo guardar silencio. V. *Harris vs. New York*, 401 U.S. 222 (1971), *Michigan vs. Tucker*, 417 U.S. 433 (1974), *Rhode Island vs. Innis*, 446 U.S. 291 (1980) y *New York vs. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984). Sobre el tema, (Robinson, C. D., Review essay, 1985, 10:427).
 81. Nichol, G. Jr., (1984, 98:315, p. 319-320): "The Burger Court has reversed these (the Burger'Court) procedural trends. The Court has firmly closed the doors to broad habeas corpus review. [...] The Court has managed, however, to narrow much of the supervisory authority of the federal judiciary. As a result of access limitations, state criminal and federal administrative decisionmaking have become increasingly insulated from direct federal judicial review. The Burger Court has indirectly narrowed constitutional protections by limiting the procedures available to vindicate them".
 82. 408 U.S. 238 (1972).
 83. Graber M. A., (2005, 8:442): "The death penalty seemed moribund when conservatives come to judicial power. The Supreme Court in 1972 declared unconstitutionally arbitrary all state laws imposing capital punishment (*Furman v. Georgia* 1972). The Burger and Rehnquist Courts then sustained most rewritten state statutes, despite evidence that substantial arbitrariness remains in the death sentencing process".

La Corte Burger tampoco logró una unidad y claridad de propósitos, como lo hizo la corte liderada por Warren en materia de igualdad racial. En *Griggs vs. Duke Power Co* (1971)⁸⁴, por ejemplo, la Corte siguió los pasos de su antecesora al lidiar con la discriminación en las relaciones de empleo. En *Fullilove vs. Klutznick* (1980)⁸⁵, declaró que era compatible con la Constitución la ley dictada por el Congreso que destinaba diez por ciento de los recursos destinados a obras públicas para la contratación de empresas de propiedad de integrantes de minorías. Sin embargo, en *Regents of the University of California vs. Bakke* (1978)⁸⁶, consideró inválido el sistema de cuotas para el ingreso a la Universidad, a pesar de haber afirmado que eran admisibles programas de acción afirmativa en favor de minorías⁸⁷.

Una de las decisiones de la Corte Burger que produjo mayor repercusión política fue dictada en *United States vs. Nixon* (1974)⁸⁸. A raíz del caso *Watergate*, la Corte rechazó el alegato de inmunidad y privilegio del Ejecutivo y determinó la entrega de casetes grabados en el gabinete presidencial al fiscal especial que investigaba el caso. Esas cintas eran incriminadoras, y tres semanas después de la decisión, el Presidente renunció al cargo.

Entre tanto, fuera de las circunstancias y pasiones de *Watergate*, en decisiones como *Dames & Moore vs. Reagan* (1981)⁸⁹ y *Nixon vs. Fitzgerald* (1982)⁹⁰, la Corte estableció una línea de deferencia al Poder Ejecutivo⁹¹. En *Immigration and Naturalization Service vs. Chada* (1983)⁹², la Corte consideró inconstitucional el “veto legislativo” –es decir, la casación por parte del Congreso de un acto practicado por una agencia administrativa–, fundamentando su decisión en que se estaría violando el principio de separación de poderes.

Ninguna actuación de la Corte Burger fue tan celebrada como aquella que se refirió a los derechos de las mujeres. Hubo un conjunto continuo y constante de decisiones que declararon inválidas las leyes discriminatorias por razones de género.

En *Reed vs. Reed* (1971)⁹³, la Suprema Corte declaró inconstitucional la ley del Estado de Idaho que daba preferencia a un hombre sobre una mujer para ejercer un puesto para inventariar el espolio. En *Frontiero vs. Richardson* (1973)⁹⁴, la Corte consideró inconstitucional que militares del sexo masculino pudieran tener a sus esposas como dependientes; pero que militares del sexo femenino no pudieran dar la misma condición a sus maridos. Especialmente significativa

-
- 84. 401 U.S. 424 (1971). Por 8 a 0 (Brennan no participó), consideró inconstitucionales, para fines de contratación y promoción de empleados, pruebas y exigencias que producían impacto desproporcionado sobre los candidatos negros.
 - 85. 448 U.S. 448 (1980).
 - 86. 438 U.S. 265 (1978). La decisión fue tomada por una Corte dividida por 5 a 4. El voto decisivo le correspondió al Justice Lewis Powell.
 - 87. Hoffer P. Ch., Hull Hoffer W. y N.E.H. Hull, *The Supreme Court: an essential history*, 2007, p. 380; Hall K. (ed), *The Supreme Court of the United States*, 2. ed., 2005, p. 124.
 - 88. 418 U.S. 683 (1974).
 - 89. 453 U.S. 654 (1981). La Corte consideró válido el decreto presidencial 12170 que, implementando un acuerdo con Irán, extinguió acciones judiciales, anuló embargos (nullified attachments) y transfirió las demandas existentes para un tribunal arbitral recién creado.
 - 90. 457 U.S. 731 (1982). La Corte determinó que el Presidente disfrutaba de absoluta inmunidad con respecto a la responsabilidad por daños producidos como consecuencia de actos oficiales.
 - 91. Blasi V., *The rootless activism of the Burger Court*. En: Blasi V. (ed.). *The Burger Court: The counter-revolution that wasn't*, 1983, p. 202.
 - 92. 462 U.S. 919 (1983).
 - 93. 404 U.S. 71 (1971).
 - 94. 411 U.S. 677 (1973).

en esta materia fue la decisión tomada en *Craig vs. Boren* (1976)⁹⁵, menos por las particularidades del caso y más, porque a partir de esta, se determinó que las clasificaciones basadas en sexo fueran sometidas a un análisis más rígido de constitucionalidad (heightened scrutiny)⁹⁶.

Todavía en el campo de los derechos de las mujeres, se puede situar una de las decisiones de mayor impacto entre todas las que fueron tomadas por la Suprema Corte a lo largo de su historia: *Roe vs. Wade* (1973)⁹⁷. Al conocer el caso, la Corte afirmó la existencia de un derecho constitucional de la mujer al aborto, invalidando la mayor parte de las leyes estatales que lo prohibían. Roe provocó un intenso debate nacional que se mantiene hasta la fecha, rodeado de las circunstancias y elementos políticos, religiosos y morales que dividen a la sociedad norteamericana entre el bloque favorable (*pro-choice*) y el contrario (*pro-life*).

El principal fundamento de la decisión fue el *derecho de privacidad* que se derivaba de la cláusula del debido proceso legal, consagrada en la Enmienda 14. Es indiscutible que el caso Roe podría ser recalificado como un caso que envuelve el tema de la igualdad de género, en la medida en que es la mujer quien sufre las principales consecuencias de la gestación indeseada. Se trata, por tanto, de una inestimable conquista para la libertad de las mujeres. La Corte Burger, entre tanto, no se atrevió a ir más allá, negando la extensión del derecho a la privacidad en la relaciones homoafectivas⁹⁸.

En temas relacionados con la libertad de expresión, la Corte también dictó importantes decisiones. En *New York Times vs. United States* (1971)⁹⁹, caso conocido como *Pentagon Papers case*, la Suprema Corte entendió que el gobierno de Nixon no había sido capaz de justificar la necesidad de censura previa en nombre de la seguridad nacional para impedir la publicación de un informe sobre la Guerra de Vietnam que terminó en manos de la prensa.

Al decidir casos como *Bigelow vs. Virginia* (1975)¹⁰⁰ y *Virginia vs. Bd. Of Pharmacy vs. Virginia Consumer Council* (1976)¹⁰¹, la Corte extendió la protección de la Enmienda 1 a la expresión comercial y publicitaria. Menos elogiada fue la resolución que fue decidida por 5 votos a 4 en *Branzburg vs. Hayes* (1972)¹⁰², en la cual se negó a un periodista el derecho de proteger la confidencialidad de su fuente. Todavía más controvertida fue la orientación adoptada en *Buckley vs. Valeo* (1976)¹⁰³. En esa decisión, la Corte consideró válida la imposición legal de límites a las contribuciones individuales para las campañas electorales; pero invalidó las disposiciones que restringían los gastos de campaña, utilizando como fundamento que las limitaciones impuestas interferían en la libertad de expresión política, violando la Enmienda 1.

95. 429 U.S. 190 (1976).

96. La Corte consideró que violaba la cláusula de equal protection, ley del Estado de Oklahoma que prohibía la venta de cerveza a hombres con menos de 21 años; pero que permitía su adquisición por mujeres con más de 18. Justice William Brennan fue el relator que desarrolló la idea del examen más riguroso (stricter scrutiny) por medio de la des-equiparación por razones de género "must serve important governmental objectives and must be substantially related to those objectives". Rehnquist e Burger dissentiram.

97. 410 U.S. 113.

98. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

99. 403 U.S. 713 (1971).

100. 421 U.S. 809 (1975).

101. 425 U.S. 748 (1976).

102. 408 U.S. 665 (1972).

103. 424 U.S. 1 (1976).

La crítica progresista a la Corte Burger normalmente enfatiza que la misma fue activista en favor de las prerrogativas de la propiedad e indiferente con los pobres en general¹⁰⁴. A pesar de lo resuelto en el caso *Roe*, en el cual se reconoció el derecho al aborto, la Corte entendió que ni los estados ni el gobierno federal tenían el deber jurídico de tornar el ejercicio de ese derecho accesible a quien no tuviera recursos propios¹⁰⁵. La Corte introdujo, todavía, la propiedad como “nueva variable”¹⁰⁶ en el conjunto de valores protegidos por la Enmienda 1, destacándose decisiones como *Buckley vs. Valeo* (1976)¹⁰⁷ sobre financiamiento electoral, y *Central Hudson Gás & Electric Corp. vs. Public Service Commission* (1980)¹⁰⁸, en materia de *commercial speech*. Finalmente, tal y como ya fue apuntado, la jurisprudencia de la Corte Burger restringió el acceso de las personas más pobres al Poder Judicial federal, disminuyendo de esa forma la protección de los derechos constitucionales. (Bennett, 1983, p. 57-61).

2. La Corte Rehnquist¹⁰⁹

La onda liberal iniciada al final de los años cincuenta ya había llegado a su fin cuando Ronald Reagan asumió la Presidencia en 1981, substituyendo a Jimmy Carter. A partir de ese momento, el Partido Republicano se instalaría en la Casa Blanca por tres mandatos consecutivos, con una agenda política conservadora, una visión económica fundada en el *laissez-faire* y un discurso moralista de carácter religioso.

William Rehnquist, quien fue nombrado juez (*Associate Justice*) por Richard Nixon, en 1972, surgió como un nombre natural para suceder a Earl Burger¹¹⁰. Rehnquist era el juez más conservador de la Corte Burger y encarnaba el ideal de auto contención, deferencia al Ejecutivo, interpretación estricta, inclusive con respecto a la superación de la decisión en *Roe vs. Wade* que se había tornado una obsesión republicana¹¹¹. Rehnquist permaneció en la Corte por un total de 33 años y fue su Presidente por 19 años, de 1986 a 2005.

-
104. Tushnet M., (1984, p. 1270): “With this insight it is indeed possible to find the roots of the Burger Court’s activism. They lie in the philosophy that the government as a whole has the duty to protect the prerogatives of property and that no part of the government has the duty to minimize the harms that lack of property inflicts on those so unfortunate not to have enough”.
105. En *Maher vs. Roe*, 432 U.S. 464 (1977), la Corte consideró constitucional la legislación de Connecticut que solo concedía asistencia médica a abortos ocasionados por necesidad médica: “The Equal Protection Clause does not require a State participating in the Medicaid program to pay the expenses incident to nontherapeutic abortions for indigent women simply because it has made a policy choice to pay expenses incident to childbirth. P. 469-480”. En *Harris vs. McRae*, 448 U.S. 297 (1980), la Corte consideró constitucional una norma federal que prohibía el uso de recursos federales para la realización de abortos, independientemente de que existiese o no necesidad médica (medically necessary or not).
106. Dorsen & Gora, *The Burger Court and the freedom of speech*. En: *The Burger Court: The counter-revolution that wasn’t*, 1983, p. 28.
107. 424 U.S. 1 (1976).
108. 447 U.S. 557 (1980).
109. Tushnet M., *A Court divided: the Rehnquist Court and the future of constitutional law*, 2005; Bradley C. (ed.), *The Rehnquist Legacy*, Cambridge University Press, 2005; Merrill T., “The making of the Second Rehnquist Court”, *St. Louis L.J.* 47:569 (2003); Hoffer P. Ch., Hull Hoffer W y Hull N.E.H., *The Supreme Court: an essential history*, 2007; Hall K. (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2. ed., 2005; Hall K. (ed.), *The Oxford Companion to American law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2002; Denniston L., *Rehnquist to Roberts: The “Reagan revolution” fulfilled?*, *University of Pennsylvania Law Review* 6:63, 2006; Nannes J. M., *The Lone Dissenter*, *Journal of Supreme Court history* 31:1-2, 2006; Chemevinsky E., *Assessing chief justice William Rehnquist*, *University of Pennsylvania Law Review* 6:1334, 2006; Graber M., *Constructing Judicial Review*, *Annual review of Political Science* 8:439-40, 2005; Tandy Lewis T., *U. S. Supreme Court*, v. 1, 2007, p. 156; Katz D. M., *Institutional rules, strategic behavior and the legacy of Chief Justice William Rehnquist: setting the record straight on Dickerson v. United States*, *Journal of Law and Politics* 22:28, 2006; Fradella H. F., *Legal, moral, and social reasons for descriminalizing sodomy*, *Journal of contemporary criminal justice* 18:289, 2002; Parmet W. E., *The Supreme Court confronts HIV: Reflections on Bragdon v. Abbott*, *Journal of Law, Medicine & Ethics* 26:227, 1998.
110. Earl Burger se jubiló como Chief Justice en 1986, habiendo asumido la posición de presidente de la Comisión del Bicentenario de la Constitución Americana.
111. Denniston L., *Rehnquist to Roberts: The “Reagan revolution” fulfilled?*, *University of Pennsylvania Law Review* 6:63, 2006: “More than anything else in its domestic aspirations, the Reagan Administration wanted a more conservative Court, especially to raise the chances for overruling *Roe v. Wade*—that despised legacy of the Burger Court”.

Como otras Cortes que la precedieron, debido a su composición y a la capacidad del Chief Justice de liderar, en cada momento, mayoría consistentes, la Corte Rehnquist atravesó diversas fases¹¹². La expectativa inicial que motivó la indicación de Rehnquist para la Corte – revisar decisiones consideradas liberales y colaborar en la implementación de un proyecto político conservador– se consumó apenas parcialmente. En áreas como el federalismo, la religión y derechos de propiedad, la Corte Rehnquist imprimió inequívocamente su marca.

Por otro lado, en temas como el aborto y los derechos de las personas imputadas en procesos penales, a pesar de haber sido dados pasos hacia atrás, la Corte no revertió *Roe vs. Wade* ni tampoco *Miranda v. Arizona*. Aun en lo que respecta a las acciones afirmativas, la puerta no fue enteramente cerrada, (Hoffer P. Ch., Hull Hoffer W. y Hull N.E.H., 2007, p. 419), a pesar de las múltiples exigencias y calificaciones introducidas por la jurisprudencia de la Corte. Inclusive, en relación con algunas materias, a pesar del voto disidente del *Chief Justice*, hubo avances, como en lo que respecta a la extensión del derecho de privacidad a las relaciones homoafectivas.

A continuación, se realizará un breve análisis del desempeño de la Corte en algunos dominios relevantes.

Un asunto en que la Corte Rehnquist innegablemente fue capaz de concretizar el proyecto político de Reagan y de los conservadores fue en el área del *federalismo*. Sobre la influencia del Presidente de la Corte, se alteró el equilibrio entre el gobierno federal y los gobiernos estatales, limitándose el poder tanto del Congreso como del Poder Judicial federal. La “revolución federalista” –o del “nuevo federalismo”– fue hecha efectiva, sobre todo, a través de tres líneas jurisprudenciales (Hoffer P. Ch., Hull Hoffer W. y Hull N.E.H., 2007, p. 436): a) la restricción del poder del Congreso con base en su competencia constitucional para regular el comercio interestadual (Art. I, *Clause* 3, Section 8) ; b) La reintroducción de la doctrina de la inmunidad soberana de los estados, con base en las enmiendas 10 y 11¹¹⁴; c) el resurgimiento de la doctrina del *state action* en las acciones basadas en la Enmienda 14¹¹⁵. De acuerdo a la

-
112. Merrill T., “The making of the Second Rehnquist Court”, St. Louis L.J. 47:569 (2003). El autor, en una conferencia realizada en 2002, dividió el período de la Corte Rehnquist en dos fases. La primera iba de 1986 a 1995, período en el que hubo un sinnúmero de nombramientos en la Corte, y que tuvo en la agenda cuestiones sociales controvertidas, como el aborto y oraciones en las escuelas. En esa etapa, la Corte no fue capaz de hacer avanzar significativamente la agenda conservadora. La segunda fase tuvo inicio en 1994, cuando la Corte pasó de los asuntos sociales para cuestiones estructurales, que envolvían, particularmente, el tema del federalismo. Allí, la mayoría conservadora, bajo el liderazgo del Presidente, obtuvo expresivo suceso. En su Foreword: the third Rehnquist Court al libro de Craig Bradley (ed.), c, 2005, Linda Greenhouse identificó una tercera fase, correspondiente a los años finales de la Corte, entre el año 2002 y el 2005, cuando asuntos sociales como los derechos de los homosexuales y acciones afirmativas volvieron a ser objeto de discusión y hubo un reflujo en la “revolución federalista”. En ese período, Rehnquist ya no logró liderar a la Corte en diversas decisiones, siendo su voto parte de la tesis de minoría.
113. U.S. Constitution: Art. I, Section 8, Clause 3: “The Congress shall have Power [...] To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes”. La cuestión de la cláusula de comercio (commerce clause), por su relevancia y por su impacto sobre el Derecho vigente, merece una referencia específica. Teniendo como base la competencia para regular el comercio interestadual, durante el gobierno de Franklin Roosevelt, fue promulgada la legislación proteccionista que ocasionaría el enfrentamiento entre el Presidente y la Suprema Corte. A partir de ese momento, durante los más de cincuenta años siguientes a la era del New Deal, el Congreso expandió sus poderes. Esta situación de confortable estabilidad fue confrontada por la Corte Rehnquist, en un conjunto de decisiones tomadas por una mayoría apretada de 5 a 4. La primera de ellas fue *United States vs. Lopez* (514 U.S. 549 de 1995), cuando la Suprema Corte consideró inconstitucional el Gun-Free School Zones Act que tipificaba como crimen federal la posesión de armas de fuego en las cercanías de las escuelas. La mayoría de los jueces entendió que no existía una relación suficiente entre la posesión de armas y el comercio interestadual, que permitiera legitimar la ley federal.
114. La doctrina de la inmunidad soberana de los estados restringe la posibilidad de que el Congreso apruebe leyes sujetando a los estados a acciones judiciales. En *Seminole Tribe of Florida vs. Florida*, 517 U.S. 44 (1996), y en *Alden vs. Maine*, 527 U.S. 706 (1999), la Suprema Corte consideró que leyes federales que abrogaban la inmunidad jurisdiccional de los estados violaban la Enmienda 11. Como consecuencia, los estados no pueden ser procesados sin su consentimiento, ya sea en cortes federales (*Seminole*) o en cortes estatales (*Alden*).
115. En *DeShaney vs. Winnebago County*, 489 U.S. 189 (1989), la Corte entendió que la Enmienda 14 no autoriza la responsabilidad del estado por acto de violencia privada contra un individuo (en el caso concreto, un niño), a pesar de que pudo haberlo evitado. En *United States vs. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000), sostuvo que la Enmienda 14 no fornecía una base para la edición de la Violence Against Women Act, de 1994, una vez que la ley no cuidara los daños causados por el estado (redress harm caused by the state), pero sí por partes privadas.

evaluación realizada por estudiosos sobre la materia, en los conflictos existentes entre el gobierno y los particulares, la tendencia de la Corte fue la de alinearse con el gobierno. Por otro lado, en las disputas entre el gobierno federal y el estadual, la Corte se inclinó a favor de los estados, invalidando constantemente la legislación federal¹¹⁶.

Otro tema central para la Corte Rehnquist era el de los derechos de las personas acusadas en procedimientos penales. El *Chief Justice* se empeñó en restringir los efectos de *Mapp vs. Ohio* y de *Miranda vs. Arizona* durante todo el período en que estuvo al frente de la Corte. (Hoffer P. Ch., Hull Hoffer W. y Hull N.E.H., 2007, p. 436).

De hecho, el alcance de tales precedentes fue limitado en decisiones como *Whren vs. United States* (1996)¹¹⁷ y *Atwater vs. Lago Vista* (2001)¹¹⁸. Sin embargo, no sin causar alguna sorpresa – y decepción para las personas defensoras de la posición más rígida en cuestiones penales –, la Corte reafirmó *Miranda* al decidir *Dickerson vs. United States* (2000)¹¹⁹, dando a aquella combatida decisión fundamento constitucional expreso¹²⁰.

En precedentes más recientes, relacionados con la guerra contra el terror –*Hamdi vs. Rumsfeld* y *Rasul*¹²¹ vs. Bush¹²² –, la Corte decidió que las personas detenidas, americanas o no, podían cuestionar en las cortes americanas su prisión. Entre tanto, en *Padilla vs. Rumsfeld* (2004)¹²³, se invalidó, por razones procesales, la decisión de la Corte de Apelaciones que había negado al Presidente poderes para arrestar a un ciudadano americano sobre el alegato de ser un enemigo combatiente.

A pesar del empeño de su Presidente y de otros jueces, la Corte Rehnquist no consiguió reformar *Roe vs. Wade* y abolir el derecho al aborto¹²⁴. Sin embargo, en dos ocasiones, estuvo muy cerca de lograrlo, lo que hubiera consumado un cambio ansiado por sectores conservadores, grupos religiosos y por los propios presidentes Reagan y Bush. En ambos casos, la Suprema Corte produjo decisiones divididas, algunas de ellas confusas, y con un sinnúmero de divergencias y contradicciones.

116. Hall K. (ed), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2. ed., 2005, p. 835.

117. 517 U.S. 806 (1996). En esta decisión la Corte declaró que la autoridad policial puede realizar búsquedas y aprehensiones en vehículos que hayan sido detenidos por infracciones de tránsito.

118. 532 U.S. 318 (2001). La Corte decidió que la Enmienda 4 no prohíbe la prisión sin mandato en caso de infracciones penales menores, como es el caso de la falta de uso de cinturón de seguridad.

119. 530 U.S. 428 (2000). Una ley federal (18 USC Section 3501) estableció que “una confesión debe ser admitida como prueba si la misma fue voluntaria”. Esta previsión, en último término, se traía abajo la exigencia de advertencias previas que había sido impuesta en la decisión de *Miranda*. La Corte, por 7-2, con voto de Rehnquist – Scalia y Thomas no concordaron –, entendió que “*Miranda* proclamó una regla constitucional que no puede ser superada por acto legislativo del Congreso. La Corte, por su parte, no desea reformar *Miranda*”.

120. Rehnquist tenía una visión dura en materia penal, que incluía se ponía de manifiesto, de forma notoria, en sus posiciones con respecto a la pena de muerte. Él defendía que esa pena debía ser aplicada más frecuentemente. En *McCleskey vs. Kemp* (1987), con su apoyo, la Corte consideró irrelevante el hecho de que las estadísticas demostrasen discriminación racial contra los negros en el pronunciamiento de sentencias capitales. Además de ello, se alineó a la mayoría de la Corte afirmando la constitucionalidad de la ejecución de adolescentes de dieciséis y de diecisiete años (*Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 [1989]). Su voto fue vencido, cuando la mayoría entendió que menores de quince años (*Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 [1988]) y personas “mentalmente retardadas” (*Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 [2002]), no podían ser ejecutadas. En *United States vs. Verdugo-Urquidez* (494 U.S. 259 de 1990), la Suprema Corte consideró que la Enmienda 4 no se aplicaba a búsquedas y aprehensiones hechas por agentes americanos en la propiedad de no americanos en el exterior. Hoffer P. Ch., Hull Hoffer W. y Hull N.E.H., *The Supreme Court: an essential history*, 2007, p. 434: “From 2003 to 2005, the chief justice was in the majority in all eleven criminal justice 5-to-4 decisions expanding exceptions to the exclusionary rule and dissented in all nine of the 5-to-4 cases that reversed or remanded cases in which police or prosecutorial misconduct was alleged”.

121. 542 U.S. 507 (2004).

122. 542 U.S. 466 (2004).

123. 542 U.S. 426 (2004).

124. Recuérdese que Rehnquist había participado del proceso de *Roe vs. Wade*, en 1973, siendo su voto uno de los dos que fueron vencidos. El otro fue de Byron White.

El primero de ellos fue *Webster vs. Reproductive Health Service* (1989)¹²⁵ que tuvo por objeto la constitucionalidad de la ley de Missouri que imponía una gran cantidad de restricciones a la realización del aborto, inclusive a la prohibición de que el procedimiento fuera realizado en hospitales públicos o en el que estuvieran involucrados fetos con más de veinte semanas y con probabilidad de vida¹²⁶.

A pesar de haber declarado válidas las imposiciones contenidas en la legislación estadual y de haberse alejado de algunas de las premisas establecidas sobre la materia, la Corte enfatizó que la esencia de la decisión en *Roe* se mantenía¹²⁷.

El segundo intento se produjo con *Planned Parenthood vs. Case* (1992) . Una ley de Pennsylvania imponía una serie de exigencias para la realización del aborto, entre las cuales estaban el consentimiento informado, la notificación al cónyuge, el consentimiento de los padres y el período de espera de 24 horas. Nuevamente, por 5-4, la Corte reafirmó *Roe*, a pesar de haber mantenido casi todas las imposiciones de la ley, salvo la que se refería a la notificación al cónyuge¹²⁹.

En una última decisión – *Stenberg vs. Carhart* (2000) – la Corte conoció la prohibición de un procedimiento específico, conocido como “aborto con nacimiento parcial” (partial-birth abortion), invalidado en esa oportunidad una ley de Nebraska¹³⁰.

Como se indicó, la Corte Rehnquist enfrentó una gran dificultad para producir consenso o por lo menos mayorías constantes en diversas áreas de su jurisprudencia. Este también fue el caso en las cuestiones que envolvían el mandamiento constitucional de igualdad y las acciones afirmativas. Entre tanto, como tendencia, es posible afirmar que la Corte tornó más rígidos los criterios que permitían el tratamiento favorable a determinados grupos, en razón de discriminaciones pretéritas. Así, por ejemplo, se tornó más difícil ganar procesos judiciales basados en discriminaciones realizadas en el empleo, con la inversión de la carga de la prueba del impacto desproporcionado¹³¹.

125. 492 U.S. 490 (1989).

126. La ley estadual declaraba, en su preámbulo, “que la vida de cada ser humano comienza con la concepción” ([t]he life of each human being begins at conception) e imponía las siguientes restricciones: servidores públicos y establecimientos públicos no podían ser utilizados para realizar aborto, excepto si es necesario para salvar la vida de la madre; recursos, servidores o establecimientos públicos (public funds, employees, or facilities) no podían ser utilizados para incentivar o aconsejar (encourage or counsel) a una mujer a realizar un aborto, excepto si era necesario para salvar su vida; y médicos deberían hacer pruebas de viabilidad a partir de la vigésima semana de gestación y no podrían realizar un aborto de fetos con posibilidades de vida.

127. Al admitir como válida la restricción al aborto a partir de la vigésima semana, la Corte se afastó de uno de los pilares de *Roe*, según el cual, durante el primer trimestre de gestación la decisión de hacer o no un aborto era un derecho de la mujer. Sin embargo, en el voto del propio Chief Justice se hizo la salvedad de que la decisión no afectaba aquel precedente: “2. This case affords no occasion to disturb *Roe*’s holding that a Texas statute which criminalized all nontherapeutic abortions unconstitutionally infringed the right to an abortion derived from the Due Process Clause. *Roe* is distinguishable on its facts, since Missouri has determined that viability is the point at which its interest in potential human life must be safeguarded. P. 521”.

128. 505 U.S. 833 (1992).

129. La decisión estuvo extremadamente dividida, sin que ningún voto (opinion) tuviese la aceptación de la mayoría. No obstante, prevaleció una decisión colectiva, elaborada por los Ministros Souter, O’Connor y Kennedy (a plurality decision written by Justices Souter, O’Connor, and Kennedy), debido a que diferentes partes de su texto tuvieron al menos la adhesión otros dos Ministros. La decisión mayoritaria revisó la regla de *Roe* sobre la preferencia del interés de la mujer durante el primer trimestre y substituyó el criterio del examen más riguroso (heightened scrutiny), que era la línea seguida en materia de derechos fundamentales, por uno menos riguroso, identificado como “carga indebida” (undue burden).

130. *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000).

131. *Ward’s Cove Packing Co. v. Atonio*, 490 U.S. 642 (1989).

El tratamiento preferencial a empresas de propiedad de minorías raciales, en programas y contratos gubernamentales, pasó a estar sujeto a un test de constitucionalidad de difícil superación¹³².

Con relación al uso de la raza como criterio para la admisión en la universidad, la Suprema Corte, en un mismo día, dictó dos decisiones con direcciones opuestas. En *Gratz vs. Bollinger* (2003)¹³³, consideró inconstitucional el criterio que atribuía un bonus de veinte puntos (un quinto de los puntos necesarios para ser aprobado) a los candidatos negros, latinos y de origen indígena. Sin embargo, en *Grutter vs. Bollinger* (2003)¹³⁴, siguiendo la línea del precedente firmado en *Bakke*, afirmó que la raza y la búsqueda de la diversidad son factores legítimos –pero no son los únicos– que deben ser considerados en el proceso de admisión a la universidad.

Dos últimas cuestiones merecen referencia. La primera de ellas es la que se refiere al tratamiento constitucional de la *religión*, tema sobre el cual Rehnquist fue capaz de liderar a la Corte de acuerdo con su visión. Aun antes de tornarse Presidente, él había conducido a la Corte, con una mayoría apretada, para afirmar que los subsidios públicos para escuelas religiosas no violaban la *Establishment clause* de la Enmienda 1¹³⁵. Como Chief Justice, Rehnquist fue autor de la redacción del voto en *Zelman vs. Simmons-Harris* (2002)¹³⁶, validando los vouchers escolares que, en la práctica, significaban la matrícula de niños de familias de baja renta en escuelas religiosas. En *Van Orden vs. Perry* (2005)¹³⁷, consideró constitucional un monumento a los Diez Mandamientos en la entrada de la sede del Gobierno de Texas.

En lo que respecta a *los derechos de los homosexuales*, la posición de Rehnquist prevaleció en *Boy Scouts of América vs. Dale* (2000)¹³⁸, admitiendo la exclusión de un miembro de una asociación debido a su homosexualidad asumida. Entre tanto, el Chief Justice no hizo prevalecer su opinión en *Romer vs. Evans* (1996)¹³⁹, cuando la Corte declaró la inconstitucionalidad de una enmienda a la Constitución estadual que prohibía cualquier acto legislativo, administrativo o judicial de protección a los homosexuales.

El voto de Rehnquist fue igualmente vencido en *Lawrence vs. Texas* (2003)¹⁴⁰, decisión que superó el precedente *Bowers vs. Hardwick* (1986)¹⁴¹ y reconoció, expresamente, que el derecho constitucional de privacidad protegía las relaciones homosexuales voluntarias entre personas adultas.

132. En *Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989), la Corte consideró inconstitucional la previsión de que 30 por ciento de los contratos públicos deberían ir para empresas de propiedad de minorías (the city's determination that 30 percent of its contracting work should go to minority owned businesses) y estableció que el tratamiento diferenciado basado en el criterio racial estaba sujeto a un test riguroso de inconstitucionalidad (must pass a strict scrutiny review). Esa línea de orientación fue reiterada en *Adarand Constructors vs. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

133. 539 U.S. 244 (2003).

134. 539 U.S. 306 (2003).

135. *Mueller vs. Allen*, 463 U.S. 388 (1983), admitió la deducción en el impuesto de renta de valores pagados a escuelas religiosas. Sobre la presidencia de Rehnquist, la Corte amplió la protección constitucional a otras situaciones, tal y como lo señalaron Peter Charles Hoffer, William James Hull Hoffer y N.E.H. Hull, (2007, p. 423): "The majority extended protection to religious films and public money spent for religious purposes, so long as the public authority had opened the space to all or allowed religious groups to use the funding, in *Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free Schools District* (1993), *Capitol Square Review Board v. Pinette* (1995), *Rosenberger v. Tolerable and Visitors* (1995), *Bowens v. Kendrick* (1988), and *Zobrest v. Catalina Foothills School District* (1993)".

136. 536 U.S. 639 (2002).

137. 545 U.S. 677 (2005).

138. 530 U.S. 640 (2000).

139. 517 U.S. 620 (1996).

140. 539 U.S. 558 (2003).

Con la muerte del *Chief Justice*, en el año 2005, la Corte Rehnquist encerró su ciclo como una de las más influyentes en la historia norteamericana. La Corte fue contemporánea y, en algunos momentos, fue protagonista de la consolidación del pensamiento conservador. Especialmente después de que Antonin Scalia y Clarence Thomas fueron nombrados, muchas conquistas liberales fueron abaladas. Acciones afirmativas pasaron a ser más difíciles de implementar.

Las garantías de las personas imputadas en procesos penales pasaron a ser interpretadas de manera más estricta. La separación entre Iglesia y Estado se tornó más tenue. El activismo conservador de la Corte la llevó a invalidar un sinnúmero de leyes que favorecían los derechos civiles, en nombre de un nuevo federalismo¹⁴². Finalmente, es imposible no registrar el mayor peso que concepciones e intereses partidarios pasaron a tener en la formación de las convicciones de la Corte.

En *Clinton vs. Jones* (1997)¹⁴³, la Corte afirmó que el Presidente de los EUA – en aquel momento un demócrata – podía ser demandado judicialmente por hechos no relacionados con el ejercicio del cargo y aún por hechos anteriores a la toma de posesión de la presidencia. Sin embargo, en *Cheney vs. USDC for District of Columbia* (2004)¹⁴⁴, reconoció el privilegio ejecutivo a favor del vicepresidente republicano, Dick Cheney. Más dramática fue la interferencia de la Suprema Corte en el resultado de las elecciones presidenciales, en *Bush vs. Gore* (2000)¹⁴⁵, un ejercicio pleno del poder político y de una indebida aplicación del derecho.

3. La Corte Roberts¹⁴⁶

En julio de 2005, John Glover Roberts Jr. fue indicado por el presidente George W. Bush para el puesto que quedaría vacante con la anunciada jubilación de Sandra Day O'Connor. Entre tanto, antes de que fuera confirmado por el Senado, el presidente de la Corte, William Rehnquist, falleció en septiembre de 2005. Ante esa situación,

141. 478 U.S. 186 (1986). En este caso, la Suprema Corte declinó extender el derecho de privacidad a las relaciones homosexuales, y afirmó la constitucionalidad (upholding) de una ley de Georgia que criminalizaba tales relaciones.

142. En el debate (roundtable) sobre "The Rehnquist Court", publicado en *Stanford Lawyer*, Spring 2005, p. 30-36, el profesor Larry Kramer recordó, p. 33: "From 1994 to 2004 the Rehnquist Court struck down 30 federal statutes. That's more than the Warren Court did during its most activist decade, and more than the Lochner Court did as well. If the Rehnquist Court struck down 11 statutes on federalism grounds, that's compared with none for the six decades prior to that. Striking down that many laws in so short a period has a tremendous effect throughout the political system – in terms of how Congress reacts, how the states react, how politicians campaign, and so forth. That's where the real effect is".

143. 520 U.S. 681 (1997).

144. 542 U.S. 367 (2004).

145. 531 U.S. 98 (2000). En síntesis: la Corte decidió, en tiempo récord, por 5 votos a 4, la invalidez de un nuevo conteo de votos en municipios de Florida, conforme había sido determinado por la Suprema Corte de Florida. Bush había vencido la elección en el Estado por una cantidad mínima de votos y la legislación tenía previsto un nuevo conteo de votos en ese tipo de supuesto. La decisión de la Suprema Corte significó, en la práctica, la victoria de Bush. En un fuerte voto disidente, el juez Stevens apuntó: "The actual loser of this presidential election was 'The Nation's confidence in the judge as an impartial guardian of the rule of law'".

146. Denniston L., Rehnquist to Roberts: the "Reagan Revolution" fulfilled? *University of Pennsylvania Law Review* 155: 63, 2006; Dworkin R., "Judge Roberts on Trial", *The New York Review of Books*, vol. 52, n. 16, 20 de octubre de 2005; Dworkin R., "The Supreme Court phalanx", *The New York Review of Books*, vol. 54, n.º 14, 27 de septiembre de 2007; Tushnet M., The first (and last) term of the Rehnquist Court, *Tulsa Law Review* 42: 495, 2007; Ryan J. E., The Supreme Court and voluntary integration, *Harvard Law Review* 121:131, 2007; Schauer F., The Supreme Court: 2005 term foreword: the court's agenda — and the nation's, *Harvard Law Review* 120:4.

el Presidente revocó la designación de Roberts para la plaza de O'Connor y lo indicó para la posición de *Chief Justice*. Con la aprobación de su nombre por el Senado, el 29 de septiembre de 2005, se tornó el sucesor de Rehnquist, a quien anteriormente había servido como asesor (*Law clerk*) en los años de 1980 y 1981.

A lo largo de su carrera, el nuevo Presidente ejerció cargos en la Administración Pública sobre gobiernos republicanos, especialmente sobre la presidencia de Ronald Reagan. Además, actuó como abogado privado y, a partir del 2001, asumió como juez en la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia. Robert siempre estuvo ligado al pensamiento conservador, tanto en la política¹⁴⁷ como en el Derecho¹⁴⁸.

Para el puesto de Sandra Day O'Connor, fue nombrado Samuel Alito, jurista que también había ocupado cargos en administraciones republicanas y que, desde 1990, actuaba como juez en la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito (*U.S. Court of Appeals for the Third Circuit*), posición que ocupaba al haber sido nombrado por el presidente George Bush. Con la salida de O'Connor y el ingreso de Alito, se fortaleció el grupo conservador¹⁴⁹ y el bloque liberal perdió aún más espacio¹⁵⁰.

El ministro Anthony Kennedy, quien era visto como un conservador moderado, pasó a ser el voto decisivo en un sinnúmero de casos controvertidos. Roberts asumió el cargo con el propósito de aumentar el consenso y producir más decisiones unánimes, lo que de hecho ocurrió en un primer momento. Sin embargo, de manera progresiva, se fue acentuando la división de la Corte, con una sucesión de decisiones tomadas por 5-4. En el período encerrado en junio de 2007, ese tipo de decisiones ajustadas correspondían a un tercio de los casos. En todos los veinticuatro casos resueltos por 5-4, el ministro Kennedy votó con la mayoría y desempeñó un papel central en los rumbos de la jurisprudencia constitucional de la Corte Roberts. Su posición contraria al aborto y a la acción afirmativa, por ejemplo, contribuyeron para que la Corte se moviera hacia la derecha.

Como es lógico, todavía no es posible analizar la Corte Roberts desde una perspectiva histórica más amplia, ni tampoco se puede medir el impacto de los cambios políticos ocurridos en el Congreso en el 2006, y en la Presidencia en el 2008¹⁵¹. No obstante, ya es posible destacar algunas decisiones que confirman que se trata de la Corte que las personas conservadoras ansiaban y las liberales temían¹⁵².

147. Políticamente, el nuevo *Chief Justice* era parte del grupo de los llamados "hijos de la Reagan Revolution". V. Lyle Denniston, Rehnquist to Roberts: the "*Reagan Revolution*" fulfilled? *University of Pennsylvania Law Review* 155: 63, 2006, p. 65. Sobre el movimiento conservador propiciado por la "*Reagan Revolution*", Silverstein M., Ginsberg B., *The Supreme Court and the New Politics of Judicial Power*, *Political Science Quarterly* 102 (3): 371, 1987.

148. Dworkin R., (2005): "During his public career, Roberts manifested his opposition against improving voter rights protections; he upheld the constitutionality of an initiative of Congress to deprive the federal courts of the power to supervise racial integration; denigrated the efforts of a group of female legislators to reduce employment inequality; referred to the right of privacy by using the words "so-called"; signed a petition to the Supreme Court to modify the understanding that was consecrated in the *Roe v. Wade* decision; and classified as "indefensible" the Supreme Court's decision prohibiting the creation of a minute of silence in schools – based on the argument that this interval could be utilized for prayers (see the recent article by William L. Taylor on Roberts' career)".

149. Con el nombramiento de Alito, se consumó la previsión de los analistas en torno a la superación de la llamada "split-the-difference jurisprudence", que se caracteriza justamente por decisiones que, en lugar de adherirse perentoriamente a una de las vertientes extremas del debate constitucional, buscan adecuarse al "constitucionalismo mediano". Wilkinson J. H. III, *The Rehnquist Court at Twilight: The Lures and Perils of split-the-difference jurisprudence*, *Stanford Law Review* 58:1969, 2006. La principal representante de ese constitucionalismo mediano era justamente la jueza Sandra O'Connor, substituida por Alito.

150. Los jueces considerados más conservadores son Clarence Thomas, Antonin Scalia, John Roberts y Samuel Alito. Anthony Kennedy se alió al ala conservadora en la mayor parte de sus votos. El bloque liberal es formado por los Ministros (Associate Justices) John Paul Stevens, David H. Souter, Ruth Bader Ginsburg e Stephen G. Breyer.

151. Tushnet M., *The first (and last) term of the Rehnquist Court*, *Tulsa Law Review* 42: 495, 2007, p. 500.

152. Greenhouse L., "In steps big and small, Suprem Court moved right", *New York Times*, July 1st, 2007.

De hecho, tan solo en el año judicial encerrado en junio de 2007, la Corte consideró constitucional una ley restrictiva del aborto, mantuvo la condena del imputado en casi todos los casos que conoció, aumentó la dificultad para que los y las inversionistas puedan procesar a las empresas y a sus ejecutivos por fraude con valores mobiliarios; invalidó programas de integración racial en las escuelas; restringió la libertad de expresión de alumnos y alumnas de escuelas públicas; dificultó el acceso a la Corte, imponiendo restricciones procesales más rigurosas, y así por delante.

En las cuestiones que envuelven *el derecho penal y el proceso penal*, la Corte Roberts ha adoptado la misma orientación conservadora de la Corte Rehnquist. En lo que respecta a la pena de muerte, la Corte consideró, en *Kansas vs. Marsh* (2006)¹⁵³, que era constitucional la ley de Kansas que permitía la ejecución de la persona acusada cuando las circunstancias agravantes y atenuantes se presentaran con igual peso¹⁵⁴.

En *Uttecht vs. Brown* (2007)¹⁵⁵, la Suprema Corte tornó más fácil para la parte acusadora, la dispensa de jurados que en su entender serían desfavorables a la pena de muerte. Ambos casos fueron resueltos por 5 a 4.

En lo que se refiere a pruebas obtenidas con violación de la Enmienda 4, al decidir *Hudson vs. Michigan* (2006)¹⁵⁶, la Corte consideró que el incumplimiento de la regla “*knock and announce*” –que imponía a la autoridad policial el deber de tocar la puerta, anunciar su presencia y aguardar un período razonable antes de entrar en el domicilio de la persona acusada– no debería llevar a excluir la prueba que así fue obtenida.

En *Carey vs. Musladin* (2006)¹⁵⁷, la Corte consideró que no se violaba el derecho de la persona imputada a un proceso justo por el hecho de que los y las parientes de la alegada víctima se sentaran en la sesión del proceso usando broches que exhibían la imagen de la víctima.

En materia de *libertad de expresión*, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha admitido restricciones importantes. En *Rumsfeld vs. Forum for Academic and Institutional Rights* (2006)¹⁵⁸, la Corte, en decisión unánime, no reconoció la posibilidad de que facultades de derecho negaran el acceso de reclutadores militares a sus *campus*, medida que las instituciones de enseñanza habían tomado en razón de que las Fuerzas Armadas adoptaron políticas de discriminación en relación con los homosexuales¹⁵⁹.

153. 548 U.S. 163 (2006). En su voto vencido, el ministro Souter, con la adhesión de los ministros Stevens, Ginsburg e Breyer, se refirió a la ley de Kansas como un absurdo moral. Sobre el tema, George H. Kendall, *The high Court remains as divided as ever over the death penalty*, *Michigan Law Review First Impressions* 105:79, 2006: “If the outcome in *Marsh* is any indication of how the Court will deal with capital punishment in the future, it appears that the Roberts Court will divide as often and as sharply as did the Burger and Rehnquist Courts”.

154. En otro caso que envuelve la pena de muerte *Panetti v. Quarterman*, 551 U.S. (2007), la Corte reiteró la jurisprudencia anterior en el sentido de que una persona mentalmente incapaz de comprender la razón de su ejecución no podía sufrir tal pena. *Ford v. Wainwright* (1986), 477 U.S. 399 (1986) y *Stewart v. Martinez-Villareal*, 523 U.S. 637 (1998).

155. 551 U.S. ____ (2007).

156. 547 U.S. 586 (2006).

157. 549 U.S. 70 (2006).

158. 547 U.S. 47 (2006).

159. La regla conocida como “Don’t ask, don’t tell” (10 U.S.C. § 654) prohibía a las Fuerzas Armadas la admisión o manutención en sus filas de homosexuales. En virtud de ello, varias facultades de Derecho negaron el acceso de personas que hacían el reclutamiento para las Fuerzas Armadas. El Congreso respondió con la Emienda Solomon, según la cual, las Universidades que reciben fondos federales deberían aceptar el acceso de los militares. Llevado el asunto al Poder Judicial, la Suprema Corte entendió que la Enmienda Solomon no violaba la libertad de expresión y de asociación de las facultades y mantuvo la posibilidad de que el Gobierno negara fondos federales a las facultades que no permitiesen el acceso a militares, para fines de reclutamiento, que facultaban a otros potenciales empleadores. Roberts pronunció la tesis que predominó en la Corte, acompañado por los otros miembros, excepto por Alito, quien realizó sus propias consideraciones.

En *Garcetti vs. Ceballos* (2006)¹⁶⁰, una Corte dividida por 5-4 decidió que las personas servidoras públicas –en el caso concreto, un procurador distrital–, en el ejercicio de sus funciones, no están protegidos por la Enmienda 1, y sus manifestaciones podían ser sometidas al poder disciplinario del empleador¹⁶¹.

En *Morse vs. Frederick* (2007), nuevamente en una decisión tomada por 5-4, la Corte entendió que la decisión del director de una escuela de sancionar a un estudiante que exhibió una manta mediante la cual supuestamente estaba defendiendo el uso de la marihuana, no violaba la Enmienda 1¹⁶².

En lo que respecta al derecho al aborto, la Corte Roberts siguió la tendencia restrictiva de su antecesora. No obstante, sin llegar a superar *Roe vs. Wade*. En *González vs. Carhart* (2007)¹⁶³, la Suprema Corte afirmó la constitucionalidad de la Ley de Prohibición del Aborto Parcial (Partial-Birth Abortion Ban Act), de 2003, la cual prohibía una específica hipótesis de aborto. Por una mayoría de 5-4, entendió que la ley no imponía una restricción indebida al derecho de la mujer de interrumpir la gestación¹⁶⁴.

En materia de *equal protection* y acción afirmativa, la Corte invalidó planos de integración racial voluntaria en escuelas de Seattle y de Louisville, Ky, las cuales usaban a la raza como uno de los elementos de desempate cuando una escuela de enseñanza media (High-School) recibía más candidatos de los que podría aceptar, de modo que se aseguraran determinados porcentajes de diversidad¹⁶⁵. Por 5-4, la Corte consideró que la política no pasaba en el “escrutinio estricto” a que deben ser sometidas las distinciones basadas en cuestiones raciales, debido a la inexistencia de segregación en el pasado, lo que no permitiría caracterizar la presencia de un interés público preponderante. La Corte Roberts demostró, en esa decisión, que la implementación de nuevas políticas de acción afirmativa tendía a tornarse muy difícil, o casi imposible, y se justificaba apenas en hipótesis sumamente excepcionales¹⁶⁶.

160. 547 U.S. 410 (2006).

161. Sobre el tema, Roberts R., *The Supreme Court and the deconstitutionalization of the freedom of speech rights of public employees*, *Review of Public Personnel Administration* 27 (2): 171, 2007; Charles W. “Rocky” Rhodes, *Public employee speech rights fall prey to an emerging doctrinal formalism*, *William & Mary Bill Of Rights Journal* 15: 1, 2007.

162. El voto que obtuvo la adhesión de la mayoría fue escrito por el Chief Justice Roberts, quien concluyó que la administración escolar no violaba la Primera Enmienda al reprimir manifestaciones en pro de las drogas. Para fundamentar esa decisión, fueron mencionados precedentes como *Bethel School District vs. Fraser*, 478 U.S. 675 (1986), *Hazelwood vs. Kuhlmeier*, 484 U.S. 260 (1988). V. Dickler, Melinda Cupps, “The Morse quartet: student speech and the First Amendment. *Loyola Law Review* (Forthcoming). Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1009601>.

163. 550 U.S. ____ (2007).

164. No obstante, la posibilidad que crea para que los estados limiten los derechos reconocidos en *Roe*, ha sido vista con bastante preocupación. (George J. Annas), *The Supreme Court and Abortion Rights*, *New England Journal of Medicine: Health law, ethics, and human rights* 356 (21): 2201, 2007, p. 2206: “Some physicians will surely be tempted to view the decision as a narrow victory for antiabortion forces that is unlikely to have more than a marginal effect on medical practice. This view is understandable but misses the potential broader impact of the opinion on the regulation of medical practice and the doctor–patient relationship generally. Until this opinion, the Court recognized the importance of not interfering with medical judgments made by physicians to protect a patient’s interest. For the first time, the Court permits congressional judgment to replace medical judgment”.

165. *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1* 551 U.S. ____ (2007).

166. La decisión ha sido duramente criticada. V. James E. Ryan, *The Supreme Court and voluntary integration*, *Harvard Law Review* 121:131, 2007, p. 156: “The danger and significance of *Parents Involved* is that it will make that already remarkably difficult struggle even harder, if not impossible. The legitimate fear is that school districts will interpret this opinion as a signal that they should not bother with school integration. Some districts might conclude that there is now something vaguely illicit about the whole enterprise, that pursuing integration requires indirection and duplicity rather than the overt use of race. Other districts might reason that pursuing integration will only lead to litigation. Clearly, not many districts now seem interested in racial integration, but this decision increases the odds that fewer of them will be interested in the future”.

En temas de *derecho electoral*, la Corte Roberts ha sido acusada de promover la desregulación de las campañas y de no proteger a los grupos minoritarios en causas que envuelven el dimensionamiento de distritos electorales. En *Randall vs. Sorrell*, la Suprema Corte entendió que la limitación de gastos de campaña es inconstitucional, ya que viola la libertad de expresión¹⁶⁷.

En *Federal Election Commission vs. Wisconsin Right to Life* (2007)¹⁶⁸, consideró inconstitucional la aplicación de la legislación federal que impide la utilización de recursos de empresas para propaganda política durante los sesenta días que anteceden a la elección en caso de que los anuncios se refieran a cuestiones en debate y no al apoyo u oposición a determinado candidato¹⁶⁹.

En *League of United Latin American Citizens vs. Perry*, la Corte enfrentó el alegato de que en la redistribución de los distritos electorales en Texas, hubo violaciones a la Constitución y a las leyes, por existir fines político-partidarios. El formato de los nuevos distritos habría sido diseñado para beneficiar a los republicanos. Con excepción de un distrito¹⁷⁰, la Corte se rehusó a declarar la nulidad de la redistribución, y su principal fundamentando fue el hecho de no haber sido suficientemente demostrado el fin partidario oscuro que se alegaba¹⁷¹.

En el año judicial (*term*) encerrado en junio de 2008, el número de decisiones tomadas por 5 a 4 disminuyó¹⁷². En el caso de mayor relevancia en el período, la Corte sostuvo la tesis de que la Segunda Enmienda a la Constitución protegía el derecho individual a la posesión de armas para uso personal, invalidando la prohibición contenida en una ley del distrito de Columbia¹⁷³.

El sector conservador prevaleció también en decisiones como la que admitió la inyección letal como método de ejecución de pena de muerte¹⁷⁴ y en la que se exigía a la persona electora que presentara identidad con foto al momento de emitir el voto¹⁷⁵.

167. La mayoría se formó con los votos de Breyer, Roberts, Alito, Kennedy, Thomas y Scalia, manteniendo el precedente fijado en *Buckley vs. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976), en el cual la Suprema Corte había decidido que el gasto de dinero para influenciar a electores era protegido por la libertad de expresión.

168. 551 U.S. ____ (2007). La ley en cuestión era la Bipartisan Campaign Reform Act of 2002 ("McCain -Feingold").

169. Para una crítica severa de esta decisión, v. Ronald Dworkin, "The Supreme Court phalanx", *The New York Review of Books*, vol. 54, n.º 14 del 27 de septiembre de 2007.

170. Específicamente, en el caso de uno de los distritos rediseñados, el número 23, las nuevas líneas diluían el voto (*vote dilution*), irrespetando el Voting Rights Act de 1965 en la sección 2, que dispone sobre la protección de los derechos de las minorías contra las mayorías, porque 100 000 latinos fueron transferidos del antiguo para un nuevo distrito, extrañamente diseñado, razón por la cual la oposición al plano calificó la maniobra como gerrymandering. Ante ello, la Suprema Corte entendió que, de hecho, el cambio podría encerrar un problema calificado de protección de la relación mayoría-minoría, una vez que el antiguo distrito era separado en tres comunidades (Anglos, Blacks, Latinos) y nunca había sido modificado durante veintidós años.

171. Kennedy, Alito y Roberts entendieron que el redimensionamiento de los distritos no violaba la sección 2 del Voting Rights Act. Por su parte, Scalia y Thomas entendieron que el reclamo referente a que el gerrymandering era inconstitucional y que no se trataba de una controversia justificada. Los justices Scalia, Roberts, Thomas y Alito concluyeron que la Corte distrital no se equivocó al rechazar la apelación en la cual se argumentaba que remover a los latinos del distrito 23 constituía una dilución intencional del voto (*intentional vote dilution*). Los justices Scalia, Robert, Thomas y Alito, por su parte, entendieron que la creación del distrito 25 satisfacía al Voting Rights Act de 1965.

172. De los sesenta y tres casos decididos por la Suprema Corte entre octubre de 2007 y junio de 2008, once fueron decididos por un margen de un único voto, contra veinticuatro en el term anterior. *Greenhouse L.*, "On Court that defied labelling, Kennedy made the boldest mark", *New York Times*, 29.06.2008.

173. *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. ____ (2008).

174. *Baze v. Rees*, 553 U.S. ____ (2008).

175. *Crawford v. Marion County Election Board*, 553 U.S. ____ (2008).

Entre tanto, el grupo más liberal de jueces conquistó importantes victorias, como en la decisión que aseguró a las personas detenidas en la Base de Guantánamo el acceso a las cortes federales¹⁷⁶, la cual invalidó una ley estadual donde estaba prevista la pena de muerte en el caso de estupro de menores, limitándose en esa ocasión tal tipo de sanción a los crímenes que provocaran la muerte de la víctima¹⁷⁷, así como en un conjunto de decisiones donde se reconocieron derechos de las personas trabajadoras en acciones por discriminación en el local de trabajo¹⁷⁸.

Como ya se indicó, aún es temprano para una evaluación profunda de la Corte Roberts. Tampoco es posible prever el impacto político, a mediano y largo plazo, del cambio de composición del Congreso y de la elección del nuevo Presidente. No obstante, es innegable el movimiento de la Corte hacia la derecha, su mayor afinidad ideológica con los grandes intereses económicos y políticos y su falta de simpatía por la expansión de los derechos civiles. En sus primeros años, la Corte ha recibido críticas duras, provenientes tanto de la academia¹⁷⁹ como de los medios de comunicación¹⁸⁰, las cuales le imputan un conservadurismo asociado a un partidismo alineado con los intereses del partido republicano y de los grupos religiosos.

176. *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. ____ (2008).

177. *Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. ____ (2008).

178. *Meacham v. Knolls Atomic Power Laboratory*,

179. Ronald Dworkin, "The Supreme Court phalanx", *The New York Review of Books*, vol. 54, n. 14, 27 de septiembre de 2007: "It would be a mistake to suppose that this right-wing phalanx is guided in its zeal by some very conservative judicial or political ideology of principle. It seems guided by no judicial or political principle at all, but only by partisan, cultural, and perhaps religious allegiance. It urges judicial restraint and deference to legislatures when these bodies pass measures that political conservatives favor, like bans on particular medical techniques in abortion. But the right-wing coalition abandons restraint when it strikes down legislation that conservatives oppose, like regulations on political advertising and modest school district programs to further racial integration in public education. It claims to celebrate free speech when it declares that Congress cannot prevent rich corporations and unions from evading restrictions on political contributions. But it subordinates free speech to other policies when it holds that schools can punish students for displaying ambiguous but not disruptive slogans at school events. Lawyers have long been fond of saying, quoting Mr. Dooley, that the Supreme Court follows the election returns. These four justices seem to follow Fox News instead".

Editorial, *New York Times*, 30 de septiembre de 2007: "The Roberts bloc has not adhered to any principled theory of judging. Its members are not reluctant to strike down laws passed by Congress, as critics of "judicial activism" are supposed to be, or reluctant to overturn the court's precedents. The best predictor of how they will vote is to ask: What outcome would a conservative Republican favor as a matter of policy?"

180. principle at all, but only by partisan, cultural, and perhaps religious allegiance. It urges judicial restraint and deference to legislatures when these bodies pass measures that political conservatives favor, like bans on particular medical techniques in abortion. But the right-wing coalition abandons restraint when it strikes down legislation that conservatives oppose, like regulations on political advertising and modest school district programs to further racial integration in public education. It claims to celebrate free speech when it declares that Congress cannot prevent rich corporations and unions from evading restrictions on political contributions. But it subordinates free speech to other policies when it holds that schools can punish students for displaying ambiguous but not disruptive slogans at school events. Lawyers have long been fond of saying, quoting Mr. Dooley, that the Supreme Court follows the election returns. These four justices seem to follow Fox News instead". Editorial, *New York Times*, 30 de septiembre de 2007: "The Roberts bloc has not adhered to any principled theory of judging. Its members are not reluctant to strike down laws passed by Congress, as critics of "judicial activism" are supposed to be, or reluctant to overturn the court's precedents. The best predictor of how they will vote is to ask: What outcome would a conservative Republican favor as a matter of policy?"

Conclusión

Las décadas posteriores al fin de la Segunda Guerra Mundial fueron marcadas por la *americanización de la vida* en múltiples dominios. Uno de ellos, ciertamente, fue el derecho constitucional. De hecho, en países distantes cultural y geográficamente, de un extremo al otro del globo, se diseminó el modelo que tuvo su marco inicial en *Marbury vs. Madison* y su apogeo en los años de la presidencia de Earl Warren en la Suprema Corte: centralidad de la Constitución, control de constitucionalidad con supremacía judicial y judicialización de las grandes controversias en torno de la realización de los derechos fundamentales.

En el transcurso del proceso de incorporación de ese modelo de constitucionalismo, los países de tradición romano-germánica pasaron por transformaciones extensas y profundas. Entre ellas, es posible destacar el fenómeno denominado como *constitucionalización del Derecho*, dentro del cual se enmarcan la aplicación directa e inmediata de la Constitución a las relaciones jurídicas en general, el control de constitucionalidad y la lectura del derecho infraconstitucional a la luz de los principios y reglas constitucionales. En el mismo contexto, personas juzgadoras, tribunales y, especialmente, los tribunales constitucionales se tornaron más actuantes y activistas, potenciando el desarrollo de nuevas categorías de interpretación constitucional.

Referencias

- Ackerman, B. (1997). The rise of world constitutionalism. *Yale Law School Occasional Papers*, Second Series, number 3.
- Arendt, H. (1987). *On revolution*. (a 1ª ed. 1963), p. 43 y s.
- Bennett, R. W. (1983). The Burger Court and the poor. En: *The Burger Court: The counter-revolution that wasn't*.
- Corwin's, E. S. (1973). *The Constitution and what it means today*.
- Epstein L., Segal J. A., Spaeth H. J. y Walker T. G. (2004). *The Supreme Court compendium: Data, decisions, & developments*.
- Dorsen & Gora, The Burger Court and the freedom of speech. En: *The Burger Court: The counter-revolution that wasn't*, 1983.
- Dworkin, R. (2005). Judge Roberts on Trial. *The New York Book of Review*, vol. 52, number 16, 20 de octubre.
- Favoreu, L. (1998). La constitutionnalisation du Droit. En: Mathieu B. y Verpeaux M. *La constitutionnalisation des branches du Droit*.
- Fernández Segado, F. (2000). *La jurisdicción constitucional en America Latina*, Montevideo.
- Ferrajoli, L. (2003). Pasado y futuro del Estado de derecho. En: Carbonell M. (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*; Zagrebelsky G., (2005). El derecho dúctil: lei, direitos e justiça,
- Forbath, W. y Sager, L. (2004). *Comparative Avenues in Constitutional Law: An Introduction*, *Texas Law Review* 82:1653.
- Graber ,Mark A. (2005). Constructing judicial review. *Annual Review of Political Science*. 8:442.
- Gardbaum, S., (2001). The new commonwealth model of constitutionalism. *American Journal of Comparative*

Law 49:707, p. 715-16.

Hoffer P. Ch., Hull Hoffer W. y Hull N.E.H. (2007). *The Supreme Court: an essential history*.

Jackson, V. C. (2005-2006). Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement, *Harvard Law Review* 119:109, p. 111.

Kahn, P. W. (2002-2003). *Comparative Constitutionalism in a New Key*, 101 MICH. L. REV. 2677, 2700.

Klaus, Stern. (1987). *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*.

Locke, J. (1978). *Second treatise of government*. (La 1ª edición es de 1690), cap. VIII, p. 47.

Mathieu, B. y Verpeaux, M. *La constitutionnalisation des branches du Droit*, 1998.

Moro, S. F. (2001). A corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. 36:337.

Newson, J. (2006). *Justice for all: Earl Warren and the Nation he made*.

Nichol, G. Jr. (1984). An activism of ambivalence. *Harvard Law Review* 98:315, p. 319-320.

Parrish, M. E. (1982). Review essay: Earl Warren and the American judicial tradition. *Law & Social Inquiry*, volume 7, oct.

Robinson, C. D., (1985). Review essay. The criminal procedure political connection: Miranda before and after. *Law & Society Inquiry* 10:427.

Tushnet, M. (1984). The optimist's tale. *University of Pennsylvania Law Review* 132:1257, p. 1270.

Weinrib, L. E. (2006). The postwar paradigm and American exceptionalism. En: *The Migration of Constitutional Ideas*.

El Proceso de Asesoría Jurídica al Tribunal Ambiental Administrativo

*Daniel Montero Bustabad**

Resumen

En el presente artículo, se ofrecen los lineamientos para que el proceso de asesoría jurídica en el Tribunal Ambiental Administrativo pueda llegar a 1. Colaborar con el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (MINAET) forjando su visión como aquella de contribuir, mediante la pacífica lucha profesional por el derecho, a brindar una respuesta a la necesaria consolidación de Costa Rica como un país generador de productos y servicios con valor agregado de equilibrio ambiental. 2. Colaborar con el MINAET a través de la coordinación y promoción de la planificación territorial y del desarrollo con la variable ambiental incorporada, así como brindando el marco de seguridad jurídica requerida para que el Tribunal dé respuesta adecuada al daño ambiental 3. Continuar asumiendo un papel activo dentro del Tribunal Ambiental Administrativo, creando un marco de seguridad jurídica y justicia ambiental referente al daño ambiental, tanto en lo interno del tribunal, como en lo externo del mismo.

Al profesor Rabinovich-Berkman

La especialidad de la doctrina jurídica está en que no es puramente científica y teórica; encierra siempre un aliento creador, actúa sobre la realidad social, orientándola en un determinado sentido. Todo gran jurista ha dejado su huella en la historia como exponente o propulsor de una idea de vida. Es miopía inexplicable ver en la obra jurídica sólo juegos de conceptos; Martino y Bulgaro, Bártolo y Baldo, Molina y Covarrubias, Vitoria y Gregorio López, el canciller Tomás Moro y el juez Eduardo Coke, como Savigny y Thibaut, Jhering y Gierke, Domat y Pothier, Cambácères y Napoleón, García Goyena y Gómez de la Serna, Alonso Martínez y Durán y Bas, han sido representantes o vanguardia de grandes movimientos de ideas, por los que han combatido hasta la victoria, la derrota o la muerte.

Federico de Castro (1984, p. 513).

* Abogado en ejercicio. Discípulo del Profesor Dr. José Delgado Pinto en Salamanca. Licenciado en Derecho con Premio Extraordinario, Universidad de Alcalá (España). Curso de postgrado en Organización Territorial del Estado del INAP (Ministerio español de las Administraciones Públicas). Egresado del doctorado por la Universidad Autónoma de Madrid. Coautor del libro Recopilación de Jurisprudencia sobre Medio Ambiente publicado por el Ministerio español de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente. Las opiniones expresadas por quien suscribe son única y exclusivamente responsabilidad personal.

1. Introducción

Constituye un privilegio aunar trabajo y *logos* (sentido), laborando en una rama del Derecho, a la cual la conciencia personal¹ tiene en gran estima por su importancia para la supervivencia de la especie humana.

En el presente texto, brindaremos una propuesta acerca de lo que es y lo que puede llegar a ser el proceso de asesoría jurídica en el Tribunal Ambiental Administrativo y, en general, en los órganos del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (MINAET).

2. Lo que no es el proceso de asesoría jurídica

Lo que se refiere en el presente acápite es conocido por cuantas personas coordinan la labor ministerial, pero resulta imprescindible hacerlo explícito para la lectora² en general:

1. La labor de asesoría jurídica no es la de una máquina contestadora de consultas legales. Es cierto que gran parte de la labor de una abogada del tribunal o de otro órgano del MINAET representa responder todo tipo de consultas y revisar documentos. Sin embargo, por más relevante que ello sea, no constituye sino una más entre sus muchas funciones.
2. Tampoco es una *máquina sofisticada* que presta servicios jurídicos, pues su labor tiene alma, vida y corazón; elabora valores jurídicos y convive con ellos (Larenz).
3. Está lejos de ser una fábrica de pretextos jurídicos –como los no juristas que creen que nuestra labor consiste en buscar artificios impropios para justificar intereses creados– pues nuestra labor se ciñe a, y es juzgada por, la técnica jurídica con sus reglas de argumentación, además de sustentarse en sólidos principios éticos³.
4. Nuestro trabajo no consiste en manifestar el poder político o de otro tipo, pues el Derecho es camino de justicia (*derekh torah*), no esclavo de intereses partidistas ni de plutocracias o de decisiones del poder⁴ (Capella, 2004 y Antillón, W., 2001). El Derecho es *guía y maestro*; marca el camino hacia la rectitud, y no es lacayo ni esclavo del poder, como pretenden aquellas modernas escuelas de jurisprudencia que hacen del ordenamiento una función del poder. Esto tendría catastróficas consecuencias para el ambiente a nivel mundial.

1. Hablamos de sentido como la necesidad más importante del ser humano en la línea sostenida por la tercera escuela vienesa de psicoterapia protagonizada por Viktor Frankl. En esta línea, Frankl (204) y Noblejas (2007). En dichas obras se analiza, asimismo, la relación entre sentido y conciencia personal, siendo ésta el órgano que lleva al encuentro del sentido personal.

2. Se emplea el género femenino abarcando simultáneamente el masculino.

3. Véanse al respecto los capítulos del siguiente libro redactados por Fernández (1998).

4. En contraposición a esta tesis, De Castro (1984, p. 486 y 487): “Desde el Renacimiento, la pérdida de estima que sufre el Derecho y la profesionalización de los juristas hacen cambiar su consideración social [de los juristas]. Una concepción jurídica que desconecta al Derecho de la Justicia y lo pone al servicio de los poderosos, reduce a los juristas a la condición servil de leguleyos. Después, el nuevo valor que adquieren las artes liberales (el saber por el saber) harán que, primero, los humanistas miren con desdén a los hombres de leyes, dedicados a labores más prácticas y lucrativas; el cultivo de las ciencias naturales y exactas determinará luego, en el mundo moderno, una nueva depreciación de todo lo jurídico. La figura del jurista ha pasado a segundo plano, y la sociedad no ve en ellos más que a abogados, escribanos y alguaciles. La España moderna es, en cambio, el pueblo que, después de Roma, ha debido más a los juristas”. Para que los juristas vuelvan a recuperar su posición, propugna De Castro una vuelta a los principios naturales, conectando indisolublemente el Derecho a la lucha por la Justicia, concibiendo el Derecho necesariamente desde su fundamento teológico.

Dado que la actividad de asesoría jurídica al tribunal no se corresponde a lo anteriormente planteado, surge la necesidad de tratar el tema en profundidad. Para ello el primer paso consiste en establecer el fundamento del proceso.

3. El fundamento del proceso de asesoría jurídica

En un plano axiológico (como se ha indicado), el Derecho Ambiental, como el Derecho en general, no debe ser considerado una emanación del poder⁵, sino que lo condiciona, lo engendra, le brinda o resta legitimidad (De Castro, 1984, p. 33 y s.), lo encauza y arrastra para acercarse a la justicia. Con ello el Derecho se concibe exclusivamente desde la óptica de su fundamento teológico (De Castro, 1984, p. 487). El Derecho se encuentra de manera inescindible arraigado en la torah o lex aeterna. Sin este fundamento, hay arbitrio o violencia, pero nunca Derecho.

En lenguaje tradicional, siguiendo a Santo Tomás, se afirma que la lex aeterna (“ley de D-os”), contiene las reglas del mundo natural y las reglas que rigen el mundo moral (incluyendo el Derecho). Por Derecho natural se entiende la *participación del ser racional* en la lex aeterna en la materia que concierne a la justicia. Ello significa que el Derecho natural se concibe como un componente de la lex aeterna, concretamente, como aquella porción que es accesible al ser racional en la materia referente a la justicia. En esta misma línea, el Derecho humano o positivo se resume por De Castro como *la reglamentación de la convivencia en sociedad, legitimada por su armonía con el Derecho natural*⁶.

5. Tras citar la célebre frase de Trasímaco, mi maestro José Delgado Pinto la refutaba explicando que, para que hablemos de Derecho, incluso el poder ha de buscar la cooperación de los subordinados, en la ausencia de lo cual habría acciones violentas, pero no un orden jurídico complejo que solo se da en caso cuando se busca y obtiene la cooperación de los subordinados. Sobre la base de este primer escalón señalado por el maestro, nosotros agregamos por nuestra cuenta un segundo fundado precisamente en el fundamento teológico que especificamos. No es solo que el poder jurídico se base en la cooperación, sino también que tiene que hacerlo, pues por definición no puede ser Derecho cualquier regulación, sino aquella que lleve a la dignidad humana.

En sentido crítico, contra la tesis que hace del Derecho una mera función del poder, (Castán, 2005, p. 72 y ss.)

6. De Castro (2005, p. 29): “El Derecho positivo puede ser definido como ‘la reglamentación organizadora de una comunidad, legitimada por su armonía con el Derecho natural’. Se recogen como características del Derecho positivo: su carácter específico de eficacia, de organizador y creador de una realidad social (el orden jurídico), y, por tanto, la necesidad de su vigencia (validez jurídica); su subordinación respecto de la ley eterna de la Justicia, que exige su propio carácter de Derecho, esto es, la necesidad de su legitimidad; por último, se indica en la definición que se comprenden dentro del concepto amplio de Derecho positivo a todos los actos que tengan tales características, sean o no normas jurídicas”. Prosigue: “Definir el Derecho como ‘conjunto de reglas de conducta o de normas’ sería una fórmula incompleta. El fin del Derecho positivo es la realización de la justicia en la organización humana. Se concreta en preceptos y se desarrolla en actos, y ambos forman el contenido del Derecho. La dependencia de todo acto (incluso del acto legislativo) respecto a una norma superior, en último término respecto a las reglas del Derecho natural [...] hará que se considere siempre a los actos en relación a un precepto y que, desconociendo su valor propio, se les estime como causa normativa (acto de decisión independiente) o como determinados por una regla formulada o sin formular (acto de decisión dependiente, sumisión). La ocultación del acto como nomotético o normado, no tiene razón de ser: el acto justificante y el acto justificado forman también parte del mundo del Derecho, y la vida jurídica trasciende del campo estricto de las normas”. Continúa: “La cuestión se presenta de otro modo, al tratar de reducir a cuerpo de doctrina una parte concreta del Derecho positivo; se le manifiesta entonces, del modo más inmediato, el elemento normativo (todo acto puede vérselo bajo el signo jurídico de una norma), y, sobre todo, aparece la exigencia (para la comprensión y la exposición) de llegar a una unidad sistemática, con la necesidad de homogeneidad en sus componentes. Es admisible y aconsejable, por ello, distinguir en tales casos entre Derecho como conjunto de normas [...] y orden jurídico, como complejo de normas y actos de Derecho, que ofrecerá el panorama total del mundo del Derecho [...]”.

Incluye, por tanto el Derecho, no solo el conjunto de normas vigentes o el haz de intereses tutelados, sino también su incidencia (de doble vía) en la sociedad, tanto a través de la conformación de actos jurídicos de toda índole, como el seguimiento diario o falta de obediencia cotidiana a las normas. El Derecho no consiste solo en normas, sino que incluye también la incidencia de estas sobre la realidad, y el modo en que ésta perfila la ejecución de las disposiciones. Por ello, parte inseparable del Derecho es la labor de los operadores jurídicos profesionales en la elaboración (y lucha por él) del Derecho. Todo ello orientado por el Derecho natural.

En un mundo donde la fe ha entrado en crisis, resulta imprescindible *traducir el anterior mensaje a categorías que sean significativas también para las personas no creyentes*. Consideramos que dicho mensaje sigue siendo de vital relevancia para el mundo actual, pues vale la pena conservar la conexión del Derecho medieval entre Derecho y ética (Castán, 2005, pp. 59 y 60)⁷, sosteniendo que el fin del Derecho es moralizar la sociedad. Ello no ha de ser entendido en el sentido de imponer una moral tradicional, sino del siguiente modo: ***El Derecho debe llevar a profundizar el compromiso ético con los derechos humanos***, empezando por los derechos de las personas más necesitadas.

Con el fin de traducir la concepción medieval del Derecho a categorías actuales, hemos de acudir al pensamiento de Erich Fromm, insigne filósofo y psicólogo, amplio conocedor del pensamiento hebreo. En su obra *Y seréis como dioses*, Fromm⁸ efectúa una relectura de la Biblia hebrea desde la perspectiva de una persona no creyente, y detalla en profundidad el aporte que el texto implica para las personas no creyentes en la actualidad.

Para Fromm el concepto de “D-os” en la Biblia hebrea significa “la oposición a la idolatría”, entendiendo por “idolatría” todo sistema que legitima o justifica la violación de los derechos humanos⁹. Si trasladamos el concepto de Fromm en positivo, podríamos indicar que “amar a D-os” es amar el compromiso con los derechos humanos. Con esto en mente, podemos traducir los mensajes de la Biblia para las personas no creyentes en el sentido de que la torah o lex aeterna es el estilo de vida integral (que, como tal, implica la causa de los derechos humanos). El Derecho, en sentido estricto, protege coactivamente intereses jurídicos, orientado por los fines y principios que le marca el Derecho natural.

Decir en la actualidad que el Derecho ostenta una base teológica significa que el Derecho en sentido estricto debe elaborarse (“aplicarse” en lenguaje positivista superado) desde una concepción total de la vida que se encuentre arraigada en la causa por los derechos humanos.

7. Asimismo p. 61: “[...] hay que reconocer que los aciertos de detalle que tengan en su haber los modernos sistemas jurídicos no compensan el fundamental defecto en que suelen incurrir la generalidad de ellos, a partir del siglo XVII, al romper o relajar los vínculos del Derecho con la moral. El secreto de un buen sistema jurídico radica en la conciliación del elemento metafísico y ético con el histórico-social. Ha de buscarse el doble contacto del Derecho con la metafísica y con la vida. Tarea de nuestros días es superar el unilateralismo en la concepción del Derecho a que conducen, en opuestos sentidos, tanto las escuelas racionalistas, normativistas y conceptualistas, como las posteriores y antagónicas posiciones vitalistas e irracionalistas”.

8. Fromm (1981).

9. Incluye, pues, la Torah o Derecho en sentido amplio, las normas morales, los hábitos, el derecho en sentido estricto (halakhah), lo que uno hace para divertirse, la enseñanza a las nuevas generaciones, lo que uno hace para encontrar motivación en la vida, lo que se realiza para sobreponerse a las adversidades siguiendo adelante (resiliencia), el arte, la cultura (hagadah), etc. Todo esto es torah, porque el imperativo de los derechos humanos requiere todo un estilo de vida congruente con la causa, el cual abarque desde lo que uno hace cuando se levanta por la mañana hasta la última acción al dormir, incluyendo aquello a lo que dedicamos nuestros pensamientos. Todo eso es estilo de vida que debe ser estilo de vida por los derechos humanos. El derecho, en sentido estricto, viene a ser aquella porción de la torah consistente en el conjunto de intereses humanos que deben ser protegidos – incluso coactivamente – con el fin de avanzar en el proceso de traer el respeto a los derechos humanos en el mundo.

Ya pasó el tiempo en el cual se pensaba que el Derecho era un “algo” como un “conjunto de normas” que está “fuera” de las personas y que es “aplicado” por los operadores jurídicos. Eran los tiempos del sueño del positivismo, cuando se creía que el conocimiento era “algo” que se hallaba fuera de las personas, y al cual ellas accedían por el pensamiento.

A partir de Nietzsche este sueño se desmoronó. Los pensadores consecuentes, estén o no de acuerdo con Nietzsche, comprenden que no existe un conocimiento independiente o separado de las personas con sus aptitudes, actitudes, cultura y valores, sino que el conocimiento representa un dato previo en el cual nos encontramos, y con el cual trabajamos, imprimiendo al mismo, de manera inevitable, nuestros valores.

Desde dicho marco teórico, consideramos que la elaboración del Derecho es un proceso del cual forman parte la cultura, aptitudes y actitudes, valores o antivalores propios de las operadoras jurídicas, en este caso, de las abogadas del Tribunal Ambiental Administrativo. Una abogada superficial, frívola, consumista, dará como resultado un Derecho superficial, frívolo y consumista. Una abogada profunda, seria y comprometida con el derecho humano a un ambiente sano dará como resultado una elaboración del Derecho en sintonía con la justicia.

Manifestar que el fundamento de la elaboración jurídica en el Tribunal Ambiental Administrativo debe ser un fundamento teológico quiere señalar que el compromiso con un estilo de vida integral, arraigado en los derechos humanos, ha de ser la base sobre la cual se realicen las diversas acciones que tengan lugar mediante el proceso de asesoría jurídica en el tribunal, incluyendo la determinación de lo que debe ser el papel de dicho proceso.

Hoy nos encontramos en un mundo enfrentado a un dilema: holocausto ambiental o desarrollo sostenible. Si continuamos viviendo, produciendo y consumiendo como hasta ahora, provocaremos un holocausto ambiental a las generaciones subsiguientes, quienes vivirán en el verdadero infierno (en el cual ya se encuentran millones de personas). Es esto, o es el desarrollo sostenible, el cual implica un gran cambio para todos nosotros. Esto es a lo que nos enfrentamos, y las asesoras jurídicas no pueden permanecer neutrales. O vamos por el desarrollo sostenible o la inercia nos conducirá al holocausto.

Las implicaciones de lo anterior son claras: el proceso de asesoría jurídica debe anclarse a su fundamento, y a partir de este diseñar sus criterios de actuación¹⁰:

10. De Castro (1984, p. 488): “Las profesiones esenciales al Estado, las inherentes a su vida, requieren independencia social; que les separe, aisle y defienda de caer al servicio de intereses extraños o contrarios. La fortaleza y unidad de un Estado se mide por el grado de fuerza moral y estabilidad social en que se afirma la lealtad de sus servidores”.

desde la selección de personal¹¹ a contratar, pasando por la forma de motivar al mismo, las pautas de dirección, y la manera donde se entienda cuál sea el papel de la actividad de asesoría jurídica en el Tribunal y en el MINAET¹². Así, estaremos vinculando el ejercicio del Derecho ambiental con el de la misión de vida.

4. El concepto de proceso de asesoría jurídica en el TAA

Para responder al reto anteriormente enunciado, el proceso de asesoría jurídica no ha de limitarse a asumir un papel pasivo de responder consultas y recursos, y debe tomar un rol activo (Castán, 2005, p.68). Se trata de un papel directivo.

La lucha por implantar un rol activo en el proceso de asesoría jurídica ha de tomar principio en el mismo corazón de cada abogada. Esta ha de decidir hacer de sí misma una profesional en la lucha por el derecho. Si, como señaló Jhering, la lucha por el interés que se quiere proteger (o mantener protegido) es el motor del Derecho en su creación y elaboración ("interpretación", "aplicación"), y es lo que mueve a cada habitante en su quehacer diario, entonces se sigue que **la abogada es, precisamente, la profesional especializada**

11. De Castro (1984, p. 489 y 490): "Cuando la ciencia del Derecho, la interpretación y aplicación jurídica se convierten en una mecánica silogística, se puede decir que la tragedia del jurista está en atenerse a la ley injusta. Pero a la luz del concepto verdadero del Derecho, la situación del jurista es otra. No tiene que sacrificar su propia alma en el altar de la mala ley. Al contrario, su vida será de lucha por la mejor organización de la comunidad. Si la profesión del Derecho fuese esclavitud hacia las reglas frías de un Estado, en el que la Moral y la Justicia han de callar, sólo tristeza y compasión merecerían sus cultivadores. Mas en la concepción jurídica española tienen una función constructiva y militante".

Prosigue: "Ninguna función [...] ha sufrido más en su prestigio durante el dominio de las ideas materialistas y positivistas. El romanticismo artístico monopoliza para el artista el sentido creador; la ciencia naturalista reserva el cultivo de la verdad al conocimiento reductible a fórmula matemática. Se excluye así al jurista de los dos únicos valores en los que el materialismo dice creer. Cuando se desconoce la existencia de la Justicia no puede reconocerse la significación de sus servidores".

Continúa: "La profesión del jurista conviene a los hombres que sienten la vida de la Nación como una comunidad, cuya organización hay que servir, en servicio a España. Su oficio es la búsqueda de la verdad, y su finalidad, la realización de la Justicia. Su obra no recae sobre materia muerta, sino sobre la sociedad, entre las pasiones, intereses y apetitos de los hombres. El Estado es el objeto de su primera atención; del caos y del desorden nace la paz jurídica; sobre el poder de los más fuertes se impone la Justicia; los intereses materiales se someten a la jerarquía de los valores espirituales. La tarea del jurista es difícil: dirigir y encauzar las fuerzas sociales; de grave responsabilidad: a su cargo está el mecanismo del Estado; pero de alta dignidad y general utilidad [...] El jurista está especializado en la realización del Derecho. Necesita tener vocación y una educación profesional" (los énfasis no son del original).

Para la selección de personal y la motivación del ya contratado, podemos asumir como aspiración que cada abogada reúna las características que De Castro exige al teórico: independencia, autoridad doctrinal y responsabilidad (p. 514).

12. Si el Derecho fuera un ente que se aplica mecánicamente sin más, todo lo anterior no tendría relevancia, pues serían indiferentes los valores de quien es elegida como abogada para el tribunal, su motivación y caracteres, y el papel de la asesoría jurídica sería cualquiera de los indicados en la lista que figura en el Apartado II del presente documento. Esto que criticamos representa el paradigma tradicional, y el que inspira gran parte de la actuación de las asesorías jurídicas de los poderes públicos y privados en el mundo. Las asesorías jurídicas se dedican a "aplicar" normas, y al hacerlo vamos derechos al holocausto ambiental, del mismo modo (salvando las distancias) que las asesorías jurídicas en la Alemania nazi se dedicaban a "aplicar" normas, y "aplicando" normas permitieron el holocausto.

Dado que nuestro compromiso con los derechos humanos nos motiva a luchar contra ese holocausto que estamos causando, hemos de cambiar muchos esquemas jurídicos tradicionales, de la mano de reconocidos maestros que también abandonaron el positivismo tradicional. Este cambio nos lleva a redimensionar el papel de las asesorías jurídicas en el Tribunal Ambiental Administrativo y, en general, en el MINAET.

En esta línea, señala De Castro (1984, p. 513 y 514) que: "La fortaleza del Estado se mide, externamente, por la eficiencia de su máquina guerrera; internamente, por el orden y la unidad; conseguirlos es misión de los juristas"; dentro de este orden y unidad está implícito, en el pensamiento de De Castro, la realización de la misión del país (véanse en tal sentido las citas anteriores de este autor), con lo cual se fundamenta el papel activo del proceso de asesoría jurídica que propugno.

en la lucha por el derecho. Desde una consideración axiológica, esta lucha por el derecho no debe ser por cualquier derecho, sino por el Derecho que lleve a un mayor grado de respeto a los derechos humanos y, por tanto, a evitar el holocausto ambiental inminente.

Si suficientes abogadas llegan a asumir lo anterior como misión de vida, el proceso de asesoría jurídica podría constituirse, junto a las juezas, como el centro del tribunal, centro especializado en la lucha por el derecho del desarrollo sostenible. Pero no solo esto: *además pesa sobre el proceso una especial vocación para colaborar con la honorable coordinadora de la Dirección Jurídica del MINAET en la lucha pacífica por el derecho a nivel ministerial, haciendo del MINAET el corazón del desarrollo sostenible del país en mayor grado.*

En esta línea, podemos definir el proceso de asesoría jurídica en el tribunal como la actividad especializada, realizada por las abogadas en el Tribunal Ambiental Administrativo que, como tal, consiste en la lucha profesional por el derecho orientada a una idea de vida¹³, siendo esta el compromiso con el desarrollo sostenible¹⁴ a nivel nacional, y en especial, en materia de daño ambiental.

5. Excurso sobre la vocación costarricense

Antes de realizar un análisis preliminar en torno a cuáles pueden ser la visión y misión del proceso, es necesario efectuar un paréntesis en la exposición para resumir brevemente cuál considero que es el papel de nuestro país en el concierto de naciones, y cómo ha de competir internacionalmente.

Al respecto conviene tener bien presente que Costa Rica no puede competir con Centroamérica, ni con Extremo Oriente, en salarios bajos, tampoco en disminución de contribuciones sociales, pues afortunadamente contamos con un sistema sanitario estable. En seguridad jurídica, sería problemático competir, pues las dictadoras explícitas o encubiertas ofrecen mucha más estabilidad en el Derecho y en su elaboración jurisprudencial. No podemos competir en muchos otros rubros.

En lo que podemos competir con éxito es en el valor agregado de los productos y servicios realizados en el país, incluyendo en ese valor agregado aspectos tan actuales como la alta tecnología y el equilibrio ambiental. Al respecto Costa Rica puede y debe aprovechar su experiencia ambiental y además el que la normativa vigente haga obligatorios altos niveles de protección al medio, para destacar en esta materia sus productos y servicios. Recordemos que los criterios ambientales son cada vez más importantes a nivel mundial (véanse los Códigos de Buen Gobierno Corporativo de las sociedades que cotizan en bolsa a nivel europeo y norteamericano), y serán cada vez más relevantes como filtro de acceso a los mercados del mundo desarrollado. Es aquí donde radica una oportunidad que nuestro país puede aprovechar decisivamente para obtener una ventaja competitiva respecto a sus vecinos.

13. Aquí se une el concepto de “lucha por el derecho”, de Jhering, junto a la tesis de De Castro (véase la primera cita del presente documento) en el sentido de que la lucha es no solo por un interés a corto plazo, sino también por una idea de vida, es decir, por un proyecto nacional, a largo plazo.

14. Desarrollo fundamentalmente en términos cualitativos y no tanto cuantitativos.

6. Visión y misión del proceso de asesoría jurídica en el TAA

En el ámbito de lo anteriormente indicado, hemos de formular el marco de pensamiento donde se puede encuadrar el proceso de asesoría jurídica en el tribunal. Como alguien ha señalado, podemos definir la visión de una actividad o proceso como *la capacidad de imaginar el entorno (competencia, mercado, relaciones) en un momento determinado*. A mi juicio, esto hace especial referencia a diagnosticar adecuadamente el estado actual del mercado o de las relaciones, y a imaginar, en el futuro esperado, cómo será la situación, partiendo del presente y de las tendencias hacia el futuro que marcan la actualidad de hoy en día.

En tal sentido, partiendo de lo indicado en el apartado anterior, percibimos una disonancia entre la vocación del país y el estado actual del ambiente en el territorio nacional, incluyendo los productos y servicios que se generan en el mismo. En la respuesta a dicha divergencia, radica la visión que proponemos. Podemos enfocarnos en dos de los aspectos relevantes de la disonancia señalada: 1) Inicio de numerosos proyectos sin contar con la evaluación de impacto ambiental aprobada que realmente se corresponde de acuerdo con los requerimientos técnico-ambientales y jurídicos vigentes, lo cual causa con ello daño ambiental. 2) Ausencia de planificación territorial y del desarrollo con variable ambiental incorporada, con agotamiento real o potencial de recursos, incluyendo falta de análisis regionales de efectos ambientales acumulativos.

La visión del proceso de asesoría jurídica en el tribunal consiste en contribuir, mediante la pacífica lucha por el derecho, a brindar en la presente situación una respuesta a la necesaria consolidación de Costa Rica en el mercado mundial, como un país generador de productos y servicios con valor agregado de equilibrio ambiental.

El concepto de misión que seguimos representa determinar en qué lugar queremos que nuestra institución se coloque en el futuro, dentro del entorno que esperamos que se dé en aquel futuro donde aspira a estar nuestra institución.

En este sentido, la misión consistiría en contribuir, mediante la lucha profesional por el derecho, en las labores del MINAET, promoviendo la planificación territorial y del desarrollo con variable ambiental incorporada, así como generando el marco de seguridad jurídica requerida para que el tribunal dé respuesta adecuada al daño ambiental.

7. El papel del proceso en relación con el MINAET

El papel propuesto del proceso de asesoría jurídica en el tribunal, en relación con el MINAET, se fundamenta en lo siguiente:

1. De los artículos 11 (carácter de servidoras de las funcionarias, con el deber implícito de cooperar cuando lo requiera el servicio a la ciudadana) y 50 de la Constitución Política (derecho a un ambiente sano que obliga a las funcionarias a coordinar cuantas veces se requiera para proteger dicho derecho), se desprende el principio de coordinación entre los órganos públicos y las servidoras públicas. Dicho principio es un principio general del derecho de rango constitucional.
2. En materia ambiental, dicho precepto se desarrolla en el principio de coordinación que anima la Ley Orgánica del Ambiente (LOA - artículo 4, inciso e).
3. La misión institucional del Tribunal Ambiental Administrativo radica en tomar las medidas ambientales adecuadas para prevenir, reparar o compensar el daño ambiental (preceptos 103 a 112 LOA). La realización masiva de proyectos individuales en zonas sin planificación del territorio o de efectos

acumulativos con variable ambiental incorporada genera daños al ambiente, con lo cual se bordea el ámbito competencial propio del tribunal.

4. En el Tribunal Ambiental Administrativo, se reúne una serie de características que hacen de su proceso de asesoría jurídica un proceso especialmente capacitado para contribuir mucho a la lucha por el derecho de parte de todo el MINAET, cooperando bajo la dirección de la honorable licenciada coordinadora de la Dirección Jurídica del MINAET. Estas características especiales son las siguientes:
 - a. Conocimiento práctico de una vasta cantidad de materias jurídicas relacionadas con el ambiente y la salud.
 - b. Trato con el público, personas desarrolladoras y denunciantes, de modo que conoce ambas caras de la moneda.
 - c. Conocimiento especial de la realidad ambiental costarricense y sus retos a través de la labor de campo. Las abogadas del tribunal realizan inspecciones asiduas y, a través de las mismas, disponen de una experiencia directa de la situación ambiental costarricense.
 - d. Estatuto de desconcentración e independencia, con lo cual se dispone de una perspectiva especial de lo ambiental (simultáneamente externa e interna), de modo que puede analizar la realidad con mucha independencia y profundidad.

Todo lo anterior ofrece una oportunidad única e irrepetible para que el proceso de asesoría jurídica en el tribunal sea un apoyo para la honorable licenciada coordinadora de la Dirección Jurídica del MINAET, para contribuir a la lucha por el derecho que realiza el MINAET.

Muchas ciudadanas consideran que la Administración Pública necesita un apoyo especial para configurar un modelo de país más claro al y a la habitante, donde se especifique de manera más accesible a toda la población qué tipo de país deseamos y hacia dónde nos encaminamos.

Pues bien, ***la coyuntura actual ofrece una oportunidad sin igual al MINAET para asumir ese puesto de liderazgo*** de cara a la ciudadana, coordinando y promoviendo la planificación territorial y del desarrollo con la incorporación de la variable ambiental, llevando a un acercamiento real al paradigma del desarrollo sostenible¹⁵.

15. Como se señaló más arriba, este cometido se confirma no solo con el conocimiento de la normativa vigente con sus requerimientos diarios al Ministerio, sino también con otros factores como la experiencia de las asesoras en la jurisprudencia de la Sala Constitucional; es decir, en lo que la máxima autoridad interpreta y dispone que han de ser las misiones de los órganos del MINAET. A ello se unen la experiencia y la constatación de las condiciones que perfilan la realidad del país, y el contacto continuo con proyectistas, afectados y personas interesadas en el ambiente, y demás aspectos antes reseñados.

8. El papel del proceso dentro del tribunal. Marco interno¹⁶

El proceso de asesoría jurídica como actividad profesional especializada en la lucha por el derecho hacia el desarrollo sostenible, debe contribuir en la labor de mantener activamente los logros de un marco interno de seguridad jurídica y justicia ambiental. Para ello, debe liderar en los siguientes campos:

1. Las propuestas a las juezas para la actualización permanente del modelo de efectividad organizacional del tribunal son las siguientes:
 - a. Visión, misión y objetivos.
 - b. Plan de Acción Estratégico.
 - c. Estructuras internas, tanto organizativas como informales o de otra índole.
 - d. Decisiones sobre gestión del conocimiento y la tecnología.
 - e. Acciones referentes a clima y cultura organizacional.
2. Actualización permanente de los procedimientos internos, incluyendo propuestas a las juezas de aprobación de modelos.
3. En relación con lo anterior, liderazgo de acciones de control interno.
4. Promover acciones de mejora regulatoria.
5. Apoyo a las juezas.
6. .Labor permanente de apoyo en materia de motivación y ética ambiental para las funcionarias.
7. .Integrarse junto al personal técnico en el estudio y elaboración de los borradores de resoluciones para ser remitidos al análisis y aprobación de las juezas.

Lo anterior resulta sumamente importante. Utilizando términos gráficos, podríamos indicar que en muchas instituciones públicas el asesoramiento jurídico, aunque se realice dentro del mismo órgano, reviste un carácter externo respecto a la actividad técnica, como el de una escultora que recibe la materia prima (el material técnico) y se limita a darle forma jurídica. Ello sería de esta manera, si las funcionarias en materias técnicas suministraran a la abogada un proyecto de resolución juntamente con las consultas que tengan sobre ella, y esta se limitara a corregir la propuesta y a contestar las inquietudes. Pero esto no sucede en el tribunal, pues el proceso que culmina en una resolución es mucho más complejo.

Tampoco se compara la labor de las abogadas del MINAET a la de una comadrona (vid. mayéutica) que se acerca a la funcionaria técnica y le ayuda a dar a luz una resolución. La labor de las juristas el MINAET es mucho más interna.

16. De Castro (1984, p. 491): “La máxima seguridad para el particular y para el Estado no está en minuciosas leyes, que pueden quedar en letra muerta, sino en juristas que sepan hacerlas cumplir conforme a su espíritu” (los énfasis no son del original).

En realidad, la tarea de las abogadas del MINAET no deviene externa a la actividad de las funcionarias expertas en materias científicas, sino que su participación es completamente a lo interno. La abogada no es una escultora ni una comadróna respecto al proceso técnico; es en realidad, a la vez madre-y-padre de las resoluciones, en completa coparticipación con las funcionarias científicas. El aporte jurídico se integra y se disuelve completamente dentro del aporte científico, y ambos elementos, técnicos y jurídicos, dan a luz una entidad completamente nueva, la resolución.

Lo anterior contrasta con el tipo de asesoramiento que realizan los órganos respetables como la honorable Procuraduría General de la República. Por su propia naturaleza, la intervención de esta resulta totalmente externa y se ciñe a cuestiones que se le formulan expresamente en términos generales. Por ello, las labores propias de las abogadas del MINAET no son susceptibles de ser objeto de consulta vinculante a la Procuraduría, por tratarse de labores radicalmente diferentes¹⁷.

9. El papel del proceso dentro del tribunal. Marco externo

Se incluyen, entre otras, las siguientes acciones en la presente propuesta:

1. Asesoramiento y colaboración permanente a las juezas para fortalecer en lo externo el ámbito competencial propio del TAA.
2. Asesoramiento y colaboración permanente a las juezas ante los recursos de amparo u otros.
3. Elaborar propuestas actualizadas de Plan de Relaciones Externas, configurando alianzas estratégicas con las instituciones que corresponda.
4. Conferencias periódicas sobre motivación y ética ambiental.
5. Propugnar de lege ferenda la creación de normas mejores y más justas, tanto en lo que respecta al tribunal, como en lo referente al ambiente en general.
6. Opinar sobre otros proyectos de ley o reglamento que resulten de interés.
7. Asesoría y apoyo permanente a las juezas en el variado espectro de situaciones y oficios complejos que se reciben en el tribunal.

10. Consecuencias de lo anterior

La propuesta que se formula en el presente documento para la actividad o proceso de asesoría jurídica en el Tribunal Ambiental Administrativo requiere, para ponerla en marcha, una labor de fortalecimiento:

1. Empieza por la necesidad de contar con más abogadas seleccionadas de acuerdo con los criterios anteriormente referidos, y disponer lo pertinente respecto a su coordinación. Todas las abogadas del tribunal

17. El aporte de la abogada del MINAET está imbricado con el criterio de la funcionaria científica en una unidad superior que es la resolución, en la que ya lo legal y lo técnico resultan inseparables. Si la Procuraduría emite criterio sobre lo que son propiamente las labores de la abogada, estaría pronunciándose (también) sobre un asunto específico (caso concreto), lo cual resulta vedado por el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

han de realizar labores variadas, con el fin de no perder contacto con el ejercicio práctico cotidiano del Derecho Ambiental. Sin embargo, de manera indudable, se requiere más personal jurista para enfrentar todas estas responsabilidades. Empero, ello será rentable para el Ministerio.

2. Labor permanente de motivación al personal jurista y no jurista. El tema de cómo motivar al personal y la fluida relación entre ética y motivación podrán ser tratados en otro artículo.

3. Apertura de los actores sociales al compromiso con el ambiente, empezando por lo financiero, como se ha referido en el presente documento. Dentro de estos actores, incluimos a la Asamblea Legislativa, al Gobierno en general incluyendo el MINAET, la ciudadanía, las personas empresarias, las ONG, etc.

11. Beneficios de la propuesta

En caso de que se cumpla con lo anteriormente indicado, el país podría acercarse a la pugna por los siguientes objetivos:

1. Lo ya indicado respecto a hacer factible la competitividad internacional de los productos y servicios generados en el territorio nacional por su valor agregado de equilibrio ambiental. Acceso a mercados internacionales y entrada a la órbita de los negocios reservados a los indicados en los Códigos de Buen Gobierno Corporativo.
2. Evitar la pérdida de imagen internacional que sufre el país al divulgarse en lo externo sus problemas ambientales. Hoy por hoy, nuestro país ya está perdiendo en el plano internacional su imagen de país ecologista.
3. Atraer más turismo e inversiones al fortalecer la imagen internacional del país como nación defensora de la naturaleza a todos los niveles, incluyendo sus procesos productivos.
4. Evitar las pérdidas millonarias (en dólares) que sufre anualmente el país por los proyectos suspendidos o que entran en vía lenta por contar con recursos de amparo (u otros procesos) pendientes, ya sea por iniciar labores sin evaluación ambiental aprobada o ya sea porque, aun teniéndola, su problemática se complica por efectos ambientales acumulativos, o por llevarse a cabo en zonas con problemas de recursos naturales (especialmente carencias de agua o susceptibilidad de contaminación de esta), sin contar con planificación del desarrollo o territorial con variable ambiental incorporada.
5. Evitar las pérdidas millonarias que se producirían si la Sala Constitucional llega a emitir para otras zonas del país (Guanacaste, por ejemplo) una orden de paralización de actividades nuevas similares a la que emitió en su momento para Poás (voto 2004-01923. Véase, asimismo, lo que sucedió, en Guanacaste, con la sentencia número 2008-18529).
6. Evitar otros motivos, el retardo de trámites y otras fuentes de pérdidas.

12. Conclusiones

Con lo expuesto en la presente propuesta, se han mostrado las razones de todo tipo que podrían llevar al proceso de asesoría jurídica en el Tribunal Ambiental Administrativo a lo siguiente:

Bibliografía resumida

- Alonso García, E. y Lozano Cutanda, B. (Directores). (2006). *Diccionario de Derecho ambiental*. Madrid: Iustel.
- Antillón, W. (2001). *Teoría del proceso jurisdiccional*. San José: IJSA.
- Capella, J. R. (2004) *Fruta Prohibida*. Madrid: Trotta.
- Castán Tobeñas, J. (2005) *Derecho civil español, común y foral*. Tomo I Vol. 1, Madrid: Reus.
- _____. (1947). *Teoría de la aplicación de investigación del Derecho*. Madrid: Reus.
- Cuyás Palazón, M. (2007). *Urbanismo ambiental y evaluación estratégica*. Barcelona: Atelier.
- De Castro, F. (1984). *Derecho Civil de España*. Madrid: Civitas,
- Fernández Rodríguez, T.-R. y Nieto García, A. (1998). *Del Derecho y del revés*. Barcelona: Ariel.
- Frankl, V. (2004). *El hombre en busca de sentido*. Barcelona: Herder.
- Fromm, E. (1981). *Y seréis como d-oses*. Barcelona: Paidós.
- Lasagabaster Herrarte, I. et ál. (2007). *Derecho ambiental. Parte General*. Bilbao, Lete-IVAP,
- Lozano Cutanda, B. (2007) *Derecho ambiental administrativo*. Madrid: Dykinson.
- Noblejas de la Flor, M. Á. (2007). *Palabras para una vida con sentido*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- Serrano, J. L. (2007). *Principios de Derecho ambiental y ecología jurídica*. Madrid: Trotta.

1. Colaborar con el MINAET en su labor de avanzar en la competitividad internacional del país. Forjar su visión como aquella de contribuir, mediante la pacífica lucha profesional por el derecho, a brindar una respuesta a la necesaria consolidación de Costa Rica en el mercado mundial, como un país generador de productos y servicios con valor agregado de equilibrio ambiental.
2. Colaborar con el MINAET en el compromiso con el desarrollo sostenible de la nación a través de la coordinación y promoción de la planificación territorial y del desarrollo con la variable ambiental incorporada. Tomar como su misión contribuir, mediante la lucha profesional por el derecho, en las labores del MINAET, promoviendo la planificación territorial y del desarrollo, así como brindando el marco de seguridad jurídica requerida para que el Tribunal dé respuesta adecuada al daño ambiental.
3. Continuar asumiendo un papel activo dentro del Tribunal Ambiental Administrativo, creando un marco de seguridad jurídica y justicia ambiental referente al daño ambiental, tanto en lo interno del tribunal, como en lo externo del mismo.

Las medidas cautelares de carácter personal en materia penal notas sobre aspectos prácticos

*Alejandra Rojas Calvo
Ricardo Madrigal Jiménez'*

Resumen

Es necesario en la actualidad fijar una apreciación objetiva referente al dictado de la prisión preventiva como de las medidas menos gravosas, propiamente al estudio individual que realiza la persona juzgadora del caso particular de cada persona imputada. Dicho estudio incide en el análisis que debe realizar la persona juzgadora, tomando en cuenta que las medidas cautelares o de coerción son los medios para lograr los fines del proceso. Como regla de principio, estas no persiguen un fin en sí mismas, sino que son un medio para lograr otros fines propios del cauce normal de la sumaria. Se caracterizan por no poderse mantener más allá de las condiciones que le dieron origen, las cuales tienen un carácter preventivo, lo que determina que bajo ningún concepto puedan ser tomadas como una pena anticipada.

Cabe destacar que todas las medidas cautelares serán estudiadas por la persona juzgadora a solicitud de parte, sea, el o la fiscal en el caso particular, ya que no es posible que se dicte, por ejemplo, una medida de prisión preventiva sin la motivación inserta en la solicitud, así también deberá coincidir el requerimiento con las formalidades para el dictado de la prisión preventiva. En este sentido, debe establecerse por parte del o de la petente que existe un grado de probabilidad de que la persona imputada sea la posible autora o partícipe de los hechos que se investigan, y arribe a esta conclusión en forma razonable, partiendo de elementos de convicción suficientes que denoten por medio de un elenco indiciario una sospecha probable, ya que a esta etapa procesal no puede dilucidarse un grado de certeza, sino meras presunciones. Concatenado a lo anterior, debe reunirse el grado de probabilidad a los peligros procesales, en caso de que no exista el grado de probabilidad, resulta innecesario continuar con el abordaje de peligros procesales. Habiendo obviado lo anterior, debe observarse si se tienen los peligros latentes de fuga, reiteración delictiva y obstaculización, vislumbrando que solo se necesita uno de estos riesgos para el dictado de la prisión preventiva.

Debe valorarse también si la eventual medida de prisión preventiva es proporcional y razonable o, por el contrario, pueden dictarse medidas distintas de la prisión preventiva siempre y cuando las mismas presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente por medio de medidas menos gravosas como lo es el arresto domiciliario, la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución, la obligación a no comunicarse con alguien, vivir o alejarse de determinado lugar y la prohibición de salir sin autorización del país. Dentro de las reales, se ubican aquellas tendientes a rendir una caución o la inmovilización de un bien.

Introducción

El tema de las medidas cautelares en materia penal históricamente no es considerado como un punto medular dentro del estudio general del derecho procesal de la materia; pero evidentemente se trata de una de las valoraciones más importantes en el proceso penal, donde la jurisprudencia y el criterio de la persona juzgadora (sin que con ello llegue a sostener rasgos de arbitrariedad) son preponderantes.

Hace más de veinte años, el Instituto Latinoamericano para la Prevención y el Tratamiento del delincuente (Carranza, 1983) evidenció el problema de las personas presas sin condena en América Latina y la necesidad de la celeridad en el proceso cuando una persona afrontaba la medida cautelar más enérgica del ordenamiento. Un problema medular y sumamente importante y que no se debe olvidar, es que cualquier medida por insignificante que parezca genera un perjuicio en la esfera personal del imputado y de la imputada, debiendo gozar en la debida promoción del proceso más ágil que resulte posible.

Al margen del tiempo del proceso, existe otro tema tan bien relevante, consistente en la complejidad de las valoraciones que lleva implícito una medida cautelar. Este pequeño artículo, sin pretender generar un agotamiento temático, pretende exponer algunos aspectos prácticos de mayor relevancia sobre el tema, procurando generar un poco de homogeneidad en un tópico que por demás es difícil conseguir ese cometido. Reiteramos que habrá temas que de manera directa se han procurado no analizar, pues escapan a las consideraciones prácticas que hoy nos llevan a escribir estas líneas.

El tema se abocará únicamente en la realidad nacional y sobre la base de la aplicación del Código Procesal Penal, sin perjuicio de aprovechar alguna jurisprudencia de la legislación anterior en cuanto se mantenga vigente. Para cumplir el cometido, se ha dividido el trabajo en cuatro partes, a saber: lo referente a los aspectos generales, aquellos aspectos sobre los requisitos de las medidas cautelares, el tema de los peligros procesales y los presupuestos finales. Reiteramos que el artículo, lejos de ser un agotamiento temático, pretende poner el tema sobre la mesa como base de discusión para futuras investigaciones. Igualmente, en aquellos aspectos donde no existe un pleno acuerdo, se procurará generar una postura, sin que ello implique que se ha llegado a un pleno nivel de acuerdo, sino que debe mantenerse a nivel de sugerencia.

Consideraciones Generales

Las medidas cautelares o de coerción son aquellas injerencias legítimas de la autoridad jurisdiccional en los derechos fundamentales y son instauradas como medios para lograr los fines del proceso (Badilla, 1998, p. 7 y ss). Sobre ese marco tenemos ya el primer elemento básico, sea que desde el punto de vista subjetivo solo puede ser adoptada por un juez o una jueza de carácter penal de la República, dejando por fuera la posibilidad de que la conducta sea desplegada por otra persona actora de la justicia penal. Como regla de principio, estas no persiguen un fin en sí mismas, sino que son un medio para lograr otros fines propios del cauce normal de la sumaria. Se caracterizan por no poderse mantener más allá de las condiciones que les dieron origen. Recuérdese al respecto que estas se adoptan durante la tramitación general del expediente, de allí su carácter preventivo, lo que determina que bajo ningún concepto puedan ser tomadas como una pena anticipada.

Surge en consecuencia, una primera pregunta: ¿qué sucede cuando la medida es impuesta para un fin, pero por acto deseado o no, se desvirtúa? Sobre lo cual, deben generarse dos posibles respuestas lógicas. La primera solución obvia podría implicar el levantamiento inmediato de la medida; la otra opción podría ser conminar a la representación fiscal a que disponga los actos correspondientes para el avance de la sumaria. Recuérdese al respecto que el responsable de la investigación es el órgano fiscal (artículos 62 y siguientes con relación a los numerales 289 y siguientes del Código Procesal Penal), y mal haría la autoridad jurisdiccional en suplir su función, lo que lleva implícito ordenar la realización de pruebas en concreto, salvo en los supuestos de prueba a favor de la persona imputada que no está siendo evacuada por negligencia fiscal.

Es evidente que la fijación de plazo no resulta ser el instituto aplicable, pues de la mera redacción de la norma del artículo 171 del Código de rito, tal tipo de disposición debe ser gestionado por la parte; aunque naturalmente, en caso de ser solicitada, la misma resultaría procedente en ese supuesto. En ese marco, nos inclinamos por un híbrido con claro énfasis hacia la segunda opción por varios motivos. Así, la desidia particular de una persona funcionaria no podría traer al traste con el ejercicio de la facultad punitiva del Estado en cuanto la misma es legítima. Además, si las medidas, como se verá posteriormente, responden a peligros procesales, resultaría contrario no proteger el peligro que se ha detectado. Así a manera de ejemplo, es posible conminar a la representación fiscal e, incluso, establecer plazos breves de vigencia para el cumplimiento de tales cometidos.

En caso de que se mantenga la situación, habría que disponer el levantamiento de la medida, sin perjuicio de las denuncias disciplinarias que resultaran procedentes, sin dejar de lado la posibilidad de disminuir la medida ante el perjuicio que ha sufrido la persona imputada por aspectos que no le resultan endilgados, en los supuestos que resulte procedente.

Una primera clasificación es lo referente a las medidas cautelares de carácter real, con respecto a aquellas de carácter personal (Hsiang, 2008, p. 7 y ss). Una aclaración evidente es que las primeras no tienen relación alguna con las medidas cautelares de naturaleza civil que puede promover la autora o el actor civil en beneficio de su condición, las cuales en cuanto a su regulación (nuestro Código Procesal Penal) son ambiguas, básicamente remitiendo a la regulación civil (artículo 264 del Código). Con las medidas de coerción personales penales se busca restringir la libertad de movimiento de la persona encartada y se les aplica a las personas. Con las reales se quiere resguardar y cuidar los bienes sobre los cuales se ejecutaría una posible multa o indemnización o garantizar que la persona procesada no se sustraiga del juicio, así como aquellas que evitan la consumación del ilícito.

El abanico de medidas coercitivas personales que presenta el código van desde la prisión preventiva (incluyendo el arresto domiciliario), la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución, la

obligación a no comunicarse con alguien, vivir o alejarse de determinado lugar hasta la prohibición de salir sin autorización del país, advirtiendo que la lista es meramente enunciativa.

Dentro de las reales, se ubican aquellas tendientes a rendir una caución o la inmovilización de un bien. Se debe precisar que el numeral 244 del Código Procesal Penal establece una lista de medidas cautelares no privativas que, sumadas a la medida privativa de libertad (regulada a partir del 239 y siguientes), constituyen el elenco principal, pero no agotan el tema, en cuanto a que la persona legisladora no previó un sistema de *numerus clausus* sino *apertus*, señalando las medidas más evidentes, pero sin agotar los supuestos.

La regulación procesal no establece una relación entre el tipo de delitos o de instancia con respecto a las medidas cautelares que podrían imponerse, aun cuando la jurisprudencia pareciera inclinarse por reservar la medida privativa de libertad hacia los delitos de acción pública, lo que resulta lógico en virtud de que son los que protegen los bienes jurídicos más relevantes de la convivencia en sociedad.

Como principios rectores generales, en la materia es posible señalar, al menos, el principio de motivación, el principio de legalidad, el carácter *intuitu personae*, el principio de defensa, el carácter de temporalidad, el carácter no oficioso y, naturalmente, el principio de inocencia, los cuales se analizarán por separado en los próximos párrafos, advirtiendo que su existencia no es meramente pedagógica, sino que presentan aplicación práctica en todos los casos.

Un primer y básico principio en materia de medidas es el de motivación, según el cual todo acto versado sobre esta materia debe presentar su debida fundamentación, tanto fáctica como jurídica (Aguilar, 1995). El acto desmotivado por su misma naturaleza se torna en ilegítimo, pues impide el control sobre los fundamentos que lo determinan. Al respecto, resulta básico lo señalado por el numeral 142 del Código Procesal Penal que dispone esa situación como máxima del proceso, y genera como efecto jurídico la nulidad de la determinación.

Un segundo principio en la materia es el de legalidad, entendido este como el sometimiento de la autoridad judicial a aquello que está normado por la persona legisladora, en la medida que dichas personas funcionarias (al igual que las restantes) son meras depositarias del poder público a ellas entregada (artículo 1 del C.P.P). Esto determina que las medidas solo pueden ser impuestas en los términos y condiciones señalados por el marco de legalidad.

Así, a manera de ejemplo, ha ocurrido que el Ministerio Público solicita la homologación de medidas cautelares ya negociados con su contraparte sin tomar el mayor cuidado en verificar o exponer la totalidad de los requisitos para ese tipo de gestión, lo que no resulta viable. De tal manera, el acuerdo entre partes, es por sí intrascendente (aun cuando podría ser indicativo de que probablemente se cumplen todos los requisitos de estas), pues el ordenamiento hasta ahora no permite la imposición de medidas en tal supuesto, sin perjuicio de que en algún momento podría estar regulado de tal manera.

En el mismo sentido, se debe recordar que la medida es por *antonomasia* de carácter personalísimo, así define condiciones y obligaciones hacia una persona en específico, sin poder trascender a terceras personas (ver al respecto Elizondo, 1994). No resulta posible su delegación o transferencia de ninguna forma, por los alcances directos de su actuar. Se han generado consistentemente argumentos que hacen ver que debe aplicarse una medida semejante a otra persona imputada perseguida en semejantes condiciones, lo que por demás es una falacia, pues ordinariamente existirán criterios diferenciados entre una y otra persona imputada.

En cuanto al principio de defensa, como es conocido, es parte del debido proceso y es la base sustancial de un ordenamiento democrático liberal (ver Jiménez, 1999). Si bien, la regulación legal que presenta el ordenamiento jurídico patrio va orientada a considerar una solicitud justificada para imponer medidas y el juez o la jueza de la materia penal correspondiente (según la redacción de los numerales 239 y siguientes), la jurisprudencia constitucional nacional realizó un avance sobre la materia, con sus correspondientes tamices.

En los primeros años de regulación normativa, lo normal era que la defensa fuera escuchada prácticamente hasta el recurso de apelación vía artículos 441 con respecto, al 256 del mismo cuerpo legal, pues el juez o la jueza es de garantías en beneficio de la persona imputada y de las partes, sin perjuicio de que el plazo para resolver la gestión sea muy breve, lo que impedía otorgar una audiencia escrita y esperar la posición de la persona defensora.

Esta situación determina que si bien el Código de rito fijaba un plazo especialmente breve por cierto es que no dejaba de ser un tiempo importante que una persona estuviera privada de libertad sin haberse escuchado a la defensa, siendo este el fundamento de la postura constitucional.

Así para imponer una medida cautelar, es imperativo otorgar audiencia a la defensa, lo que lleva aparejado la necesidad de una vista oral (programada con lapso de horas y a veces de minutos) a fin de escuchar los argumentos de tal parte. La existencia de la vista es la regla en la materia, salvo en aquellos casos que, por condiciones especiales, no pueda realizarse –como podría ser el supuesto del turno extraordinario donde no solo hay carencia de salas de juicios para realizar la diligencia, sino también que la realización de la diligencia concentrada impediría otorgar el servicio con respecto a las demás personas usuarias– al extremo incluso que resulta procedente el hábeas corpus en los supuestos donde se adopte la determinación sin cumplimiento de tales requerimientos.

Naturalmente, si la persona defensora se niega o se ausenta de la diligencia, la jueza o el juez deberá procurar su reemplazo de manera inmediata; pero si no fuera posible, deberá conocer de la gestión aun en ausencia de la persona defensora, por el carácter perentorio. Ese abandono deberá ser comunicado al Colegio de Abogados y Abogadas para su correspondiente sanción disciplinaria al amparo del artículo 105 del Código Procesal Penal, salvo que exista una debida justificación. La determinación oral es la tónica en la materia, sin perjuicio de poder realizar alguna constancia escrita del “Por tanto”. (Voto 2009-1922 de la Sala Constitucional).

Debe tenerse en cuenta que no es sino hasta la declaración de la persona imputada, cuando la representación fiscal aprovecha para solicitar medidas, la defensa conoce de los elementos de prueba en contra de su representado o representada y, eventualmente, podría especular sobre los peligros que podrían invocarse. Sumado a que la gestión totalmente oral obliga a conocer de la solicitud en el mismo momento, con sus correspondientes motivaciones, bien podría generarse alguna posición de desventaja para la defensa; básicamente en la imposibilidad de traer testigos o documentos que podrían debilitar la causa contra su representado o representada o los peligros del proceso.

Sin embargo, evidentemente, el escenario actual es mil veces mejor que el vigente anteriormente. Se debe advertir, como regla de principio, que la presentación escrita de la posición de la defensa no exime de la vista oral, salvo cuando se trate de una medida cautelar ya negociada entre las partes, posibilidad que si bien no resulta la mejor opción, al menos resultaría manifiesto que no se trata de un abandono. Se debe señalar que por el carácter oral de la diligencia, si la persona imputada quiere indicar algo a su favor o, incluso, en contra (previas advertencias constitucionales sobre la materia), dichos aspectos podrán ser valorados (Witmann, 1994).

En lo que se refiere a la prórroga de la medida en el Código, se consideró como una gestión directa entre la persona juzgadora y el Ministerio Público, sin perjuicio que ordinariamente la defensa presentaba gestiones en los días previos al vencimiento y solicitaba una vista o al menos acreditaba argumentos que debían valorarse a la hora de conocer de la prórroga de la medida.

Posteriormente, durante el año 2008, al amparo de los alcances de la oralidad ya señalada para esta materia, se consideró que resultaba imprescindible la mencionada vista. Luego la Sala Constitucional atemperó dicho criterio y señaló que resultaba necesaria solo en aquellos supuestos donde se fueran a discutir elementos nuevos a juicio de cualquier de las partes. Se debe advertir que el voto 2009-2713 del tribunal constitucional presenta una incoherencia en el razonamiento, pues toda prórroga de medidas por su misma naturaleza acredita un elemento sobre el cual la defensa considerará imperativo pronunciarse, a saber, el plazo de esta que como tal lleva una directa relación con el tema del principio de proporcionalidad.

En sana teoría, debería interpretarse que el punto que genera los nuevos elementos que se van a considerar deben versar sobre temas diferentes al mero plazo de la medida, por lo que la defensa debe estar atenta con respecto a requerir vista oral en el supuesto que considere que tiene algún aspecto ofrecedor para evitar la prórroga de la medida. No es de omitir que bajo las reglas de oralidad impulsadas por el mismo Poder Judicial, es preferible discutirla en vista oral como mecanismo para asegurar escuchar a todas las partes y no limitarse con la gestión de la representación fiscal.

En cuanto al carácter de temporalidad, como se ha venido sosteniendo, la medida cautelar por su misma naturaleza es un medio y no un fin del proceso; además, lleva implícito la lesión de algún derecho fundamental de la parte. En ese marco, el proceso no puede estar abierto indefinidamente en perjuicio de los derechos de la parte. Por el contrario, aunque los plazos de prescripción puedan ser mayores, la existencia de una medida lleva implícito la necesidad de actuar con la mayor diligencia posible.

El Código de rito presenta el gran defecto que solo regula un plazo máximo con respecto a la medida privativa de libertad, y deja sin regulación las restantes medidas. En este caso, el plazo se fija en un año conforme con el numeral 257, inciso c) del cuerpo legal, el cual se amplía al doble cuando se presenten las circunstancias de tramitación compleja (artículos 376 siguientes del Código). También existe un plazo adicional de un año a determinación del Tribunal de Casación Penal (que se incrementaría al doble en el caso de tramitación compleja).

Aun cuando existen supuestos donde es previsible que la persona imputada debe estar privada de libertad hasta el dictado mismo de la sentencia o sus recursos, la lógica misma determina que son muy pocos los presupuestos donde es viable considerar una medida privativa de libertad por todo el proceso desde el inicio. Por el contrario, la prudencia determina que deberán ser plazos pequeños y necesarios para el avance de la sumaria, inicialmente para confirmar el elemento de probabilidad (a considerar en líneas posteriores), además para satisfacer el nivel para concluir la etapa preparatoria, y así sucesivamente.

En el caso de la medida privativa de libertad, la norma del artículo 253 dispone que vencido el primer término, deberá realizarse una revisión oficiosa (ordinariamente de manera escrita) a fin de constatar si los presupuestos que la determinaron siguen vigentes, y se modificará de igual manera en caso de ser necesario (voto 2008-003923 de la Sala Constitucional). El incumplimiento de esa revisión no presenta efectos en el proceso como tal, sino de carácter disciplinario para el juez o la jueza responsable.

Se debe señalar que la revisión no necesariamente deberá practicarse en la fecha exacta del vencimiento del trimestre ya expuesto, sino que es viable realizarlo algunos días antes o incluso después, siempre y cuando sea en fecha cercana al cumplimiento. Además se debe precisar que por ese efecto extraprocesal, no resulta ser una prioridad para la representación fiscal, sino para el juez o la jueza responsable de la persona privada de libertad, lo que lleva implícito que sea el juzgado el llamado a requerir el expediente para cumplir con esta obligación. Esa situación forma parte de los controles que deberá llevar el despacho. Evidentemente, si el plazo originalmente señalado es tan solo de tres meses, la revisión no sería necesaria, pues al conocer la prórroga, se estaría realizando automáticamente la revisión. Por último y no menos importante, es que después del primer trimestre, la autoridad judicial podrá realizar la revisión en el momento que detecte que las circunstancias han cambiado, lo cual puede ocurrir de oficio o a instancia de parte conforme con la misma norma.

Por otro lado, parece que en las medidas no privativas de libertad, por principio de proporcionalidad sería el doble del antes señalado en virtud de que el nivel de afectación es inferior; no obstante, hay varias aclaraciones. La jurisprudencia patria ha permitido fijar medidas no privativas sin ningún plazo, sino supeditado a la tramitación general de la sumaria, lo que de manera general nos parece incorrecto por el nivel de inseguridad que presenta la persona imputada. Recuérdese al respecto que cualquier medida por más leve que podría pensarse lleva implícito una restricción de un derecho fundamental y, al dejarlo abierto indefinidamente, podrá ser desde la óptica administrativa la mejor decisión, pero en el carácter de juez o jueza de garantía que presenta cualquier autoridad jurisdiccional es la peor opción de todas. Además, el referido plazo del doble de la privativa de libertad no ha sido aceptado por la jurisprudencia, permitiendo que la determinación supere dicho plazo.

No puede dejar de señalarse tanto en este tipo de medidas, como en aquellas que resultan privativas de libertad, la jurisprudencia ha llegado a señalar que por sí no resultan perentorios sino ordenatorios, de tal suerte que las fundamentaciones que le dieron origen a la medida se mantengan, esta puede prorrogarse aun superando el plazo referido en caso de resultar necesario. Al respecto, podemos aceptar el razonamiento jurisprudencial, solo en aquellos casos en que por su nivel de complejidad y aun actuando la representación fiscal con la mayor diligencia, resulte inviable cumplir el tiempo, pues de lo contrario, debería levantarse la medida al constituir pena anticipada.

Como se ha venido sosteniendo, las medidas cautelares llevan aparejado un menoscabo temporal a algún derecho fundamental de la parte afectada y, bajo esa tesitura, su condición es exclusivamente excepcional. El numeral 9 del Código Procesal Penal costarricense regula la situación con respecto a la medida privativa de libertad; pero en una interpretación coherente de la disposición, ese principio se aplica no solo a tales medidas, sino también a cualquiera de ellas en cuanto le genera un detrimento directo a algún derecho.

Uno de los últimos principios es el carácter no oficioso de la determinación, lo que lleva implícito que una parte lo debe gestionar. En virtud del monopolio del ejercicio de la acción punitiva del Estado, asignada por competencia al Ministerio Público, le corresponde a este órgano requerir cualquier medida cautelar dentro del proceso penal. Evidente es que al margen de los diferentes requisitos de la gestión, resulta imperativo que se solicite una medida en concreto tanto en su contenido como en tiempo (Fernández, 1998). Resultando vedado dejar la determinación en la prudencia de la persona juzgadora quien no podría suplir la voluntad de la parte sobre ese aspecto.

Ahora bien, asegurar que la competencia corresponde al Ministerio Público como manifestación del monopolio de la actividad represiva del Estado y, por qué no, como un tema de política criminal, lleva implícito que la víctima no presenta tales facultades. Eso no quiere decir que no tenga el derecho a ser citada a la vista donde se define

el punto e incluso, a externar su opinión en uno u otro sentido. Asegurar lo contrario sería una expropiación que, en los últimos años, ha sido objeto de constante crítica. Evidentemente, su presencia no es obligatoria para la realizar válidamente la actividad.

Por su parte, la persona actora civil presenta un interés tangencial en el asunto, por lo que no es ni siquiera necesario citar, aun cuando se puede escuchar en la diligencia (Salazar, 1986). La discusión se torna más delicada con respecto al o a la querellante, a quien la norma del artículo 80 del mismo cuerpo normativo le otorga los mismos derechos y facultades de la representación fiscal. No existe una norma que regule el tema de manera taxativa (como sí existe en el derecho comparado como en el caso de República Dominicana). Naturalmente, en los delitos de acción privada, evidentemente la gestión le corresponde ante la inexistencia absoluta de la representación del órgano acusador del Estado.

La pregunta que debe hacerse es qué ocurre en los restantes supuestos, bajo dos modalidades, cuando la querella concurre con una acusación del Ministerio Público y los supuestos donde este último órgano considera que procede una desestimación o un sobreseimiento y la parte considera lo contrario. La jurisprudencia se ha tornado dividida, en muchos casos han optado por sostener la abierta participación de la persona querellante y, en otros, por el contrario, sostienen la imposibilidad de requerir tal tipo de medidas. Pareciera que cuando existe contraposición, al menos debería escucharse, pues en efecto se trata de una parte del proceso y no una mera coadyuvancia.

Personalmente, nos inclinamos a sostener la primera posición, pues lo contrario le impediría ejercer adecuadamente las facultades para representar plenamente el ejercicio de la acción punitiva. Aunque reiteramos que el tema no es del todo feliz en cuanto a su nivel de intersubjetividad. No puede omitirse que la gestión no garantiza la aceptación que corresponde a un acto de imperio propio de la persona juzgadora. Esta última de oficio –con mayor razón a gestión de parte– puede reducir la medida en cualquier momento, pero nunca puede incrementarla. A contrario sensu, si durante la tramitación de la sumaria el requirente informa su carácter innecesario, la misma debe levantarse. Otorgar más allá de lo requerido es transgresión manifiesta al principio de negación de la “ultra petita partium”.

Cabe recordar que la medida cautelar se da durante la tramitación de un proceso que pretende acreditar la posible culpabilidad de una persona con ocasión de hechos presuntamente delictivos o eventualmente acreditar su inocencia (Cersósimo, 1999). En ese marco, la persona investigada no es culpable de ninguna conducta, tan solo está siendo investigada (y como se verá, existe algún nivel de probabilidad, pero nada más).

El marco general de los derechos fundamentales determina que una persona se tiene por culpable de haber cometido un delito hasta tanto un tribunal competente lo determina, sea que nunca puede ser presumido de esa manera, y cuando se llegue a esa etapa, ya no estaríamos en etapa para fijar medidas, sino del cumplimiento de la pena impuestas (por lo que carecería de sentido hablar de medida cautelar). Tal condición determina que la persona imputada, en ese momento, se presume inocente a todos los efectos, lo que nos lleva como consecuencia al tema de los requisitos de estas.

Requisitos elementales de las medidas cautelares

El ordenamiento en una deficiente clasificación permite determinar la existencia de requisitos y presupuestos para considerar la existencia de medidas, lo que obliga a realizar importantes aclaraciones. Los requisitos refieren a requerimientos generales básicos para cualquier medida, de tal suerte que la inexistencia de alguno de ellos impide considerar la imposición de estas. Los presupuestos o, incluso, los supuestos, requieren categorías

alternativas, de manera que podría presentarse alguno de ellos o todos, de tal forma que basta la presencia de alguno de ellos para que sea posible su imposición, al margen de la necesidad y la proporcionalidad con respecto al supuesto o peligro que se logre ubicar. De esa manera, es vital realizar el análisis en dos niveles, primero el de requisitos y luego el de supuestos o peligros.

La Sala Constitucional en el voto 3611-94 (siguiendo a su vez a Jiménez de Asúa, 1963, p. 931 y ss), a su vez retoma la doctrina germana en la materia; ubica como requisitos el tema de la tipicidad, el nivel de probabilidad suficiente y que la conducta esté sancionada con pena privativa de libertad. En este caso, debe considerar cada escenario por separado. Sobre la tipicidad, el artículo 239, inciso a) refiere que debe existir presunción razonable que la persona es “[...] autor de un hecho punible o participe de él”.

Si bien la norma está redactada sobre el tema de la probabilidad suficiente, esta debe ser en atención a un posible ilícito y no de una conducta lícita. Tal aseveración nos lleva a la consecuencia necesaria que para considerar una medida cautelar es imperativo que la representación fiscal exponga un cuadro fáctico objeto de investigación que razonablemente encuadre en algún tipo penal. Esta descripción debe incluir la mayor cantidad de elementos de ubicación de modo, tiempo y lugar que se hayan recabado hasta aquel momento para permitir verificar el encuadre. Así la calificación formal otorgada en ese análisis es meramente orientativa, pues por encontrarnos en etapas iniciales del proceso, la misma puede variar, pero al menos debe tipificar en aquel momento.

Una conducta atípica impide considerar una medida cautelar, pues resultaría imponer una restricción a un derecho fundamental cuando ni siquiera soporta el nivel mínimo de análisis (Castro, 2007). Naturalmente, ese cuadro fáctico no limita a la representación fiscal, quien puede ampliarlo, adicionarlo o, incluso, limitarlo durante la investigación; pero la medida debe estar fundada en cada momento en la existencia de alguna tipicidad. Se trata de un análisis previo sobre ese tema y considera elementos básicos (que posteriormente –en la tramitación de la causa– deberían ser ampliados) sobre el tema de la culpabilidad o reprochabilidad.

Se debe precisar que si la discusión se funda en este punto, la defensa podrá aportar elementos fácticos no expuestos por la representación fiscal y la persona juzgadora podrá cuestionar si hay bases para considerar que esos elementos fácticos existen o no, evidenciando en caso de que exista ficción de la defensa a la hora de cuestionar el encuadre del Ministerio Público.

El segundo requisito es lo referente al nivel de probabilidad suficiente que nos refiere al tema de los indicios (voto 2006-291, Sala Tercera). Una primera distinción es que no es lo mismo hablar de indicios que de pruebas. Una de las grandes diferencias entre el anterior Código de Procedimientos Penales con respecto al actual Código Procesal Penal radica en que en la primera en etapa de investigación, se recaban pruebas en el sentido formal, tal es así que podrían traerse al debate declaraciones rendidas en esta etapa. En el actual sistema, esa posibilidad no resulta viable en virtud de que la representación fiscal recaba indicios probatorios que a la postre pueden sustentar una prueba, pero no necesariamente.

Así una entrevista de un o una testigo, tamizada frente un contradictorio, puede convertirse en una prueba estéril o contraria a la misma parte que la ofreció. Incluso, las pruebas técnicas como un peritaje podrían no ser tan contundentes como en un inicio parecían. La presencia de la defensa y el rol que juega en el contradictorio son vitales para constituir una prueba en el modelo penal.

Recuérdese también que, en materia de testigos, antes se recogía una declaración formal y ahora es solo una entrevista lo que exige el Código. Incluso para fundamentar una solicitud, en virtud de las limitaciones de tiempo, resulta posible que la representación fiscal haya recabado información por medios informales como el teléfono, que las invoque en la correspondiente vista, y que se comprometa posteriormente a acreditarlas plenamente. Recuérdese el principio de objetividad que mueve a dicho órgano del Estado.

El indicio no es certeza, pues esta última surge después del debate, cuando –como se ha sostenido– es innecesario hablar de medidas cautelares. Por otro lado, no es necesario que todos los indicios determinen algo, sino que existen varios orientados en ese sentido, en razón del tipo de delito investigado y las circunstancias del cuadro fáctico en consideración. Puede ser que existan elementos contradictorios a la posición fiscal; pero debe al menos existir una razonable orientación en el caso, todo bajo el tamiz de las reglas de la sana crítica racional. Se trata de un indicio sólido en cierto sentido, pues el expediente está en etapa de investigación.

Evidentemente, cuando se le reste mérito a alguna prueba por ser contraria al razonamiento aceptado por la autoridad judicial, deberán indicarse expresamente los motivos por los cuales presenta esa condición, pues de lo contrario la fundamentación se torna arbitraria y esa exposición permite el control ulterior.

La existencia del indicio se orienta en dos vertientes, por un lado sobre la posible veracidad de los hechos investigados y, en segundo lugar, sobre la participación de la persona imputada. Naturalmente, la primera engloba a la última, pero es conveniente para fines pedagógicos exponerlo por si en algún momento no se cumpliera ese requerimiento.

Nótese que la norma no permite la imposición de medidas a personas que bajo los fenómenos de autoría o participación no presenten vínculo con la actividad delictiva en consideración; lo que sí es permitido en otras legislaciones. Incluso, en una sana teoría podría pensarse en actitudes provocativas de la misma víctima o de personas terceras en el proceso; pero tal supuesto no viene regulado en el ordenamiento patrio. En el mejor de los casos, serían elementos que la autoridad jurisdiccional debe ponderar en el momento correspondiente.

El último de los requisitos viene regulado en el artículo 239, inciso c del mismo cuerpo legal, al establecer que la conducta debe estar sancionada con pena privativa de libertad. Si bien la norma está regulada en atención a la medida privativa de libertad, lo cierto es que se trata de un criterio de proporcionalidad (voto 8959-200 de la Sala Constitucional). Ahora bien, el total de los delitos (en contraposición con las figuras contravencionales) presenta tal tipo de pena, aunque fuera en extremos inferiores. Bastará en consecuencia realizar el análisis con relación directa al tipo penal que se asignó a partir de la calificación señalada por la representación fiscal y la valoración otorgada por la persona juzgadora correspondiente.

Peligros Procesales

Como ya se adelantó, los peligros procesales hacen relación directa a los supuestos donde es posible el dictado de las medidas cautelares, advirtiéndose que realizar este análisis lleva implícito haber superado el de los requisitos ya considerado. Además sin satisfacer los requisitos, no tiene ningún sentido entrar a valorar los posibles peligros (Álvarez, 2003). El artículo 239, inciso b) realiza la exposición de estos y señala el peligro de fuga, la obstaculización de la investigación y la reiteración delictiva, y cada supuesto se subdivide en varios. Como peligros del proceso que son, estos presuponen la posibilidad de niveles según el grado de acreditación, de tal manera que a diferencia de los requisitos que están presentes o no, en esta materia hay niveles que individualmente suman para establecer la medida que resulta aplicable al caso concreto, bajo las reglas de proporcionalidad. En igual sentido, basta la existencia de cuando menos algún peligro para considerar la posibilidad de una medida, sin que sea necesaria la existencia de todos.

El peligro de fuga presenta una regulación más exhaustiva a partir del artículo 240 del Código Procesal Penal y básicamente refiere a los supuestos de que la persona imputada presente tendencia a distraerse de la acción de la justicia. La legislación costarricense –al igual que muchas del derecho continental– no permite la realización del juicio en ausencia, al considerarlo denegatorio del derecho de defensa (Garrido, 2004). En ese marco, si la persona imputada no se somete, existe una grave posibilidad de que el proceso no pueda continuar configurando un peligro de suma relevancia. Por su misma esencia, se presupone que los supuestos del peligro de fuga son concretos y no abstractos, pues evocan a las específicas características y condiciones de la persona imputada, aunque como se verá, existen algunos que presentan un carácter abstracto (Hurtado, s. a. p.). Se debe precisar en este mismo orden de ideas que esta modalidad de peligro permite hacer diferencias sustanciales entre personas imputadas perseguidas dentro de una misma causa.

La primera modalidad corresponde a la ausencia de arraigo domiciliario (artículo 240 inciso a), sobre la cual se parte del mismo dicho de la persona imputada a la hora de rendir su interrogatorio. Así el tiempo que tiene de presentar el domicilio puede considerarse un peligro, al igual que el nivel de localización de este. Se debe señalar que la representación fiscal puede aportar elementos de convicción para evidenciar la inseguridad de un domicilio, como pueden ser los supuestos de que las investigaciones policiales indiquen que presenta otra locación o cualquier otro elemento para evidenciar la ausencia de verdad en el dicho de la persona imputada (Badillo, s. a. p.).

Para tales efectos, la zona donde viva la persona imputada (por peligrosidad, incomoda a los efectos de notificación o cualquier otro supuesto semejante) no debería ser un elemento trascendental para considerar el peligro, pues si la zona es peligrosa, esta situación no podría achacarse a ella, sino que es consecuencia de la desidia del Estado en cumplir las obligaciones en esa materia. Igual situación ocurre con zonas alejadas o incómodas para la Administración de Justicia.

El punto medular para estos efectos es si resultan ciertos la dirección y el tiempo en que ha residido en ella; la primera para poder ubicarla y la segunda en el entendido de que una persona con poco tiempo tendrá mayor disponibilidad a abandonar esa locación para ubicarse en otra que resulte más ajustada a sus intereses. Se trata de una serie de raíces que humanamente se generan con relación directa al tiempo en que una persona ha radicado en un lugar determinado.

Vía jurisprudencial se ha aceptado que, en aquellos supuestos donde la persona no tiene un domicilio (lo que será reafirmado para el tema de la reiteración delictiva u obstaculización de la investigación), existe la posibilidad de que alguna otra persona o incluso la misma persona imputada ofrezca una nueva dirección a satisfacción de la Administración de Justicia. Para tales efectos, puede realizarse a viva voz por parte de la defensa, en declaración de su representado representada por carta o, incluso, por declaración de una persona tercera. Evidentemente, tal posibilidad no suprime el peligro, pues el nivel de arraigo no es alto, pero al menos disminuye la existencia de este. Tal situación determina la posibilidad de atenuar la medida que se va a imponer.

Íntimamente ligado con el arraigo domiciliario, se ubica el arraigo familiar. Así una persona que no presenta parientes en el país acredita un grave riesgo de que lo abandone para unirse con ellos (voto 2007-4853, de la Sala Constitucional). Naturalmente, la medida es más razonable, tratándose de personas extranjeras (sobre lo que nos referiremos más adelante); pero eso no obsta para que personas nacionales carezcan de arraigos en el país.

Al respecto, muchas veces se han invocado y justificado los bajos niveles de seguridad de las fronteras en este tipo de supuestos. En primer lugar, téngase en cuenta que una persona que sale evadiendo los controles

migratorios tendría (salvo acciones ilícitas en la otra nación) dificultad para justificar su condición migratoria. Claro está, siempre y cuando no sea oriunda de los países colindantes con Costa Rica (Panamá y Nicaragua), donde todavía resultaría razonable la argumentación. Adoptar tales medidas para evadir la justicia llevaría consigo presumir que tiene una serie de conocimientos para arreglar su condición migratoria en la otra nación. En todo caso, salvo situaciones muy concretas, podríamos presumir que existe la posibilidad de argumentar ese peligro, pero en niveles más atenuados y con consecuentes medidas más débiles, como podría ser la restricción de salida del país. Al final de cuentas, las condiciones de las barreras migratorias son culpa del Estado y no de la persona imputada.

Un tercer supuesto del peligro se ubica en la ausencia de arraigo laboral, entendido este por no tener o presentar poco tiempo de acreditado. La lógica del peligro se sustenta en la dificultad de obtener trabajo en un país como Costa Rica, lo que hace pensar que la gente cuidará su trabajo y evitará hasta donde resulte posible perderlo (voto 2008-006586 de la Sala Constitucional). De esa manera, cuanto más tiempo haya presentado la misma labor, habrá más nivel de afianzamiento de la persona imputada.

Surge como primera interrogante qué ocurre con respecto a las actividades laborales no supeditadas a un patrono. En cuanto trabajos lícitos por si no deberían ser motivantes de medidas cautelares importantes, salvo por el hecho de que el trabajo presupone la existencia de un punto adicional de ubicación y, si la persona presenta un trabajo itinerante o en general de difícil ubicación, el fin pretendido por la norma no se cumple. Sería miope negar que sobre el trabajo liberal, se distingue entre los y las profesionales liberales con respecto a los trabajos técnicos o carentes de preparación académica. Ahora bien, con respecto al trabajo, rigen las mismas reglas que con el domicilio, con la salvedad de que existen ciertos tipos de trabajo que por su misma naturaleza son más difíciles de consolidar, lo que genera un cambio en el razonamiento. Así un trabajo en el sector público en propiedad corresponde a un arraigo importante aun cuando sea poco el tiempo de consolidado.

El arraigo en el país corresponde a un escenario adicional con respecto al peligro de fuga, consistente en la persona que no presenta ligamen con la nación, sea que esté ligado con la carencia de arraigo familiar o no.

Una aclaración adecuada es la señalada por la Sala Constitucional, al exponer que la mera condición de persona extranjera no es un elemento motivante para considerar la existencia del peligro en consideración (voto 952-90), lo que en sana teoría debería entender que no es motivo suficiente para la medida privativa de libertad; pero sí para considerar medidas en grado atenuado, como podría ser el impedimento de salida del país o que pueda generar medidas más gravosas, si se conjuga con otros peligros.

La falta de arraigo nos refiere a la inexistencia de motivo para permanecer en la nación, como podría ser el caso de personas extranjeras turistas o personas cuyo trabajo y demás condiciones de vida se ubiquen fuera del territorio. En estos supuestos, es lógico considerar que la persona podría tener interés de regresar a esa nación, lo que llevaría implícito evadir la justicia. Desde el plano humano, no puede dejar de indicarse que, en estos supuestos, la situación es compleja, pues el sistema de justicia no presenta un mecanismo de manutención de estas personas; pero las obliga a permanecer en el territorio nacional, aspecto que a la fecha no ha sido resuelto. Existen ciertas conductas que podrían evidenciar un decaimiento del arraigo que puede presentar la persona imputada, dentro de los cuales pueden señalarse las conductas tendientes al abandono del país (tanto de la persona imputada como de su círculo) como podría ser la venta de sus bienes, la tramitación de pasaporte o visa hacia alguna nación (especialmente si no existe la posibilidad de extradición) o la salida progresiva de las personas que conforman el vínculo familiar.

En este mismo marco, es posible ubicar el tema de la persona indocumentada (independientemente de su nacionalidad) a quien en caso de no imponerse medida alguna, se tendría el problema de su difícil identificación en caso de que se pretendiera evadir la Administración de Justicia. Incluso, resultaría discutible en ese supuesto saber a ciencia cierta si el nombre manifestado o no resulta el correcto, pues si lo pudiera acreditar por otros medios de prueba (como podría ser la prueba testimonial o incluso algún documento que evidencie su posible identidad; aunque no fuera el oficial del Estado o estuviera vencido) cuando menos habría un decrecimiento del peligro.

Si bien, como venimos señalando la determinación de la medida es por antonomasia una valoración por demás compleja, podría asegurarse que la ausencia absoluta de algún mecanismo de identificación configuraría un presupuesto típico donde se orientaría a la más enérgica de estas.

Otra modalidad del peligro de fuga radica en la posible pena que se va a imponer. Este peligro es por demás criticado por la defensa y, que como tal, deben realizarse varias notas. Es evidente que una alta penalidad puede traer aparejado un deseo de la persona imputada para no someterse al proceso, evadiendo la Administración de Justicia.

Sin embargo, se supone que la persona imputada es considerada todavía inocente según lo señalado por los numerales 39 y 41 constitucionales, y si se piensa que puede recibir una pena, se niega dicho estado. Además, se ha señalado que si se debe aplicar ese criterio, la mayor parte de las persona imputadas deberían afrontar medidas y posiblemente, la privativa de libertad en casi todos los casos, pues si consideramos que en los últimos años hemos vivido una tendencia más represiva del Estado, en general es posible ubicar un incremento en las penas efecto de tal tendencia.

La forma lógica de entender dicha norma es que la pena por la mera pena no resulta viable como elemento motivante de la medida cautelar más enérgica (por lo menos), salvo cierto tipo de actividades delictivas que por su misma naturaleza podrían presentar esa tendencia; como por ejemplo, en los casos de delincuencia organizada, donde las persona imputadas forman parte de un grupo (al menos estilo empresarial), y este procurará que no sean juzgadas (como en delitos de drogas por ejemplo) o en cierto tipo de supuestos donde es evidente que hay un menosprecio a los valores de convivencia en sociedad, como en delitos contra la nación (ver folio 145-93 de la Sala Constitucional). Se trataría en consecuencia de un peligro abstracto, salvo en los casos ya señalados, o en los supuestos donde además de este, exista un delito concreto que le sirva de soporte, de manera tal que este peligro sea un elemento más y no el único motivo.

La posible magnitud del daño causado nos hace referencia a un despliegue de conducta que presenta un nivel de nocividad especialmente reprochable. La nocividad no puede surgir del mero carácter ilícito de la conducta, pues en todos los supuestos existiría, perdiendo un carácter diferenciador. Igualmente, se trata de un peligro abstracto donde se aplicarían criterios semejantes a los considerados en el apartado anterior. Evidentemente, al encontrarse todavía en investigación la sumaria al momento de invocar el peligro, tal tipo de análisis debe ser consecuencia del cuadro fáctico que se está investigando a partir de la descripción realizada por la representación fiscal al momento de requerir la medida, lo que nuevamente determina la necesidad de la exposición de este para que la autoridad judicial pueda realizar la valoración que le corresponde. Así, para que el peligro se configure, tendría que encajar en el supuesto donde la conducta investigada resulte especialmente grave que evidencie un menosprecio a los bienes jurídicos socialmente aceptados, ubicando típicamente en este supuesto los delitos de terrorismo, como por ejemplo.

El penúltimo supuesto refiere al comportamiento de la persona imputada durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de no someterse a la prosecución penal, debiendo considerarse que tal situación determina una causal abierta. Dentro de tales posibilidades, se incluye una serie de supuestos de naturaleza eminentemente personal de la persona imputada hasta otras de carácter procesal. El consumo de alcohol o drogas se ha considerado como una causal viable de medidas (voto 670-2000) en cuanto la persona en esas condiciones no presenta frenos inhibitorios adecuados que podrían hacerle tender a evadir la administración de justicia.

Otro de los supuestos normales en este caso es el tema de la rebeldía señalada en el numeral 89 –con respecto al 84 del mismo cuerpo normativo– del Código Procesal Penal, pues si la persona imputada no ha cumplido sus deberes de informar los cambios de locación, al extremo que haya resultado necesario la declaratoria de rebeldía, es lógico pensar la necesidad de dictar una medida más enérgica. Igualmente, dentro de este presupuesto, encajan los casos donde la persona imputada de manera manifiesta realice conductas tendientes a no someterse al proceso, ubicando así la falta de respeto directo hacia las autoridades públicas y otros casos semejantes.

Por último, se debe señalar sobre el peligro de fuga que la enumeración nunca ha sido considerada como taxativa, sino se ha visto como enumerativa, en virtud de que el encabezado del numeral expresamente señala que los supuestos deberán ser “especialmente” considerados sin cerrar el listado (Llobet, 2003, p. 240).

Dentro de los supuestos invocados de manera extraordinaria, se encuentra el tópico de presentar medios económicos suficientes para distraer la Administración de Justicia que como tal debe ser considerado con el debido cuidado, pues asegurar tal posición lleva implícito aceptar que la persona imputada va a sustraer la Administración de Justicia, solo por el hecho de presentar una condición más acomodada que otras personas. Sin embargo, no deja de ser un elemento válido de invocación dentro de otros supuestos o peligros que se deben considerar, naturalmente, bajo ninguna circunstancia podrá ser la motivación para la medida más enérgica.

En el otro elemento extraordinariamente señalado bajo esta modalidad, no solo como incremento de otros peligros procesales, se ubica el tema de la existencia de un nivel de probabilidad superior en directa relación con el avance de la sumaria, y el dictado de la elevación a juicio es su manifestación más presente, y el sometimiento al procedimiento especial abreviado o incluso una sentencia condenatoria. Se supone en tal razonamiento que una persona imputada que ve más cerca la posibilidad de una condenatoria (aunque bien puede considerarse a la inversa, como la persona imputada que ve más próxima la posibilidad de acreditar su inocencia) o de la ejecución de esta, bien podría tomar más seriamente la decisión de adoptar medidas para sustraerse de la Administración de Justicia.

La Ley 8720 del 04 de marzo del 2009, publicada en la Gaceta n.º 77 del 22 de abril de 2009, generó un nuevo supuesto de peligro de fuga, cuando se trate de personas capturadas en flagrancia en los delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la propiedad en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, y en delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.

Conforme con la misma norma, casi como una causal objetiva, lo procedente en esos casos es la medida más drástica que el ordenamiento establece; es decir, la prisión preventiva. En los supuestos de delitos de drogas y conexos, lo normal es que esas actividades sean fruto de actividad encubierta –casi de agente provocador o provocadora– lo que determina que en prácticamente todos los supuestos proceda la medida. Evidentemente tiene un interés manifiesto de control social frente a las personas que utilizan esas conductas como medios de

vida, lo que no debería ser desde la construcción que otorga sustento a las medidas cautelares; pero que es justificable a partir de las condiciones sociales que vivimos.

El segundo supuesto de los peligros es la reiteración delictiva, y fue previsto por la persona legisladora mediante el ordinal 241 del Código Procesal Penal, teniendo como fin el aseguramiento de la búsqueda de la verdad real de los hechos, por lo cual debe contemplarse la existencia de una grave sospecha de que la persona imputada podría incurrir en la destrucción, modificación u ocultamiento o, inclusive, falsificación de los indicios probatorios. Además, debe analizarse el peligro latente de que podría influir para que persona coimputadas, testigos, peritos o peritas informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o que podría inducir a personas terceras para que realicen esos comportamientos. Téngase a la vista que la persona legisladora no establece el enunciado de los supuestos que podrían generar este peligro, dejando la valoración al juez o a la juez correspondiente.

De lo anterior, la jurisprudencia de la Sala Constitucional (a manera de ejemplo ver el voto 1161-91) ha detallado que al momento de valorar la existencia de este peligro en particular, debe explorarse precisamente el riesgo que corren las personas denunciadas como los y las testigos, para que no declaren o falten a la verdad al momento de declarar. Pero lo más importante y que debe ser destacado dentro de la disertación jurisprudencial es el sentido propio del riesgo del peligro como tal, en tanto puede configurarse precisamente bajo el riesgo y no resulta necesario que la obstaculización se materialice, siendo improcedente dilucidar si las partes han recibido amenazas en el sentido anteriormente supra indicado (Horvitz, 2008).

Como hemos venido sosteniendo, los peligros aceptan niveles y, en este caso, la existencia de indicios de que existen intentos para que se cumplan los presupuestos generaría un peligro de suma relevancia, mientras que cuando se trata de una mera situación potencial, el peligro disminuye diametralmente su presencia, más sobre la base de los numerales 39 y 41 constitucionales, a partir del principio de inocencia. Para estos efectos podrá integrarse tanto el comunicado de la víctima o testigo intimidado o intimidada, la conducta desplegada por la persona imputada desde el mismo momento de comisión de los hechos o posterior a estos.

Se debe recordar sobre el tema que la intimidación se puede dar en diferentes niveles, tanto físicos como psicológicos (Binder, 2006, p. 231), generando una valoración en diferentes niveles de complejidad, según el delito en particular. Recuérdese también que la consumación de la amenaza viene a ser una nueva actividad delictiva, por lo que el interés es evitar que esta se genere.

En cuanto al peligro de reiteración delictiva, debe tenerse presente que ni siquiera existe una norma que establezca en qué consiste el peligro, siendo que solamente el numeral 239, inciso b) del Código Procesal Penal lo menciona dentro de los supuestos. Por demás valga decir que este peligro ha sido criticado históricamente por la defensa de las personas imputadas, pues en alguna manera lleva implícito asumir algún nivel de culpabilidad sobre la conducta investigada cuando no se ha declarado (Sánchez, s. a. p.).

La motivación y la fundamentación de la existencia en este tipo de peligro deben sustentarse bajo diversas fuentes del derecho. Se vislumbra históricamente que la base de exploración de la reiteración ha venido atribuyéndose al récord delictivo que posea la persona imputada en otros procesos anteriores al caso subexamen, destacando generalmente por parte del órgano investigador requirente de la medida cautelar el uso de las llamadas “reseñas” o “pasadas” de la persona encartada, las cuales no son más que inscripciones que se realizan con los datos de las personas denunciadas en el registro de delincuentes llevados en el Archivo Criminal del Poder Judicial. Pero en sana teoría, estas no pueden tomarse en cuenta como un indicio objetivo para el análisis de la existencia o no del peligro de reiteración, por cuanto no constituye la acreditación al

menos en grado de probabilidad, de que la persona individualizada sea autora o participe de un hecho delictivo, sino que ese día particular fue detenida por hechos que se estarían investigando.

La Sala Constitucional en el voto 1490-91 aceptó la posibilidad de considerar este elemento, siempre y cuando existieran otros aspectos que se deben valorar. Dicho en lenguaje más sencillo, las pasadas o reseñas, podrían sumar a peligros, pero en caso de encontrarse sola, daría como consecuencia que la medida a imponer debería ser sumamente baja para no generar una desproporcionalidad de estas.

En ese sentido, es menester abordar la observancia de la hoja de delincuencia de la persona imputada, ya que contrario a lo anterior esbozado, se podría tener una probabilidad objetiva de las condenas que se denoten de ese documento, pudiendo detallar si es reincidente en el tipo de delito bajo escrutinio en la actualidad.

Mediante el voto 160-89 la Sala Constitucional llegó a sostener que cuando se tratará de delitos de semejante naturaleza, con idéntica afectación a bien jurídico, sería posible considerar el peligro que ahora nos ocupa. En ese supuesto, el nivel de peligro se tornaría sumamente relevante dentro del análisis judicial. Un aspecto considerado por la misma jurisprudencia constitucional es la posibilidad de este peligro en directa relación con la personalidad de la persona imputada, bastando para ello un solo hecho o acontecimiento.

Dentro de tal marco, se ha señalado el tema de la delincuencia organizada (no en el sentido propio de la ley de la materia sino en todas aquellas actividades donde se ubica un sistema semejante al de una empresa para dar respaldo a una actividad delictiva), básicamente asimilándolo a una asociación ilícita. Evidentemente, dentro de este supuesto se ubica a las personas que se dedican al comercio de drogas, robos, venta de artículos robados y actividades semejantes (voto 4382-95 de la Sala Constitucional) o, incluso, la penalización de violencia contra la mujer. Ciertamente, la situación expuesta es sumamente delicada, pues parece ir abiertamente en contra del principio de inocencia, pese a su aceptación jurisprudencial.

Con la reforma que sufrió el Código Procesal Penal, mediante la Ley N.º 8720, se obtiene el numeral 239 bis, propiamente en su inciso b), el cual aúna el fundamento para la existencia de la reiteración delictiva. En este artículo, la persona legisladora prevé que cuando se dé un supuesto o presunción de que la persona encartada se halla sometida mínimo en dos ocasiones a otros procesos penales en los que su cuadro fáctico se vislumbre violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas y que en ellos se hayan formulado la acusación y la solicitud de apertura a juicio por parte del Ministerio Público, aunque esas causas no se encuentren concluidas. En estos supuestos, la persona legisladora generó un voto de confianza a favor de la representación fiscal, pues la norma es especialmente cerrada en cuanto a los presupuestos y efectos de estos, dejando a la persona juzgadora muy limitada en las posibilidades de interpretación que podría darle.

Debe tomarse en cuenta que, cuando se vislumbra la posibilidad del peligro de reiteración delictiva, que el mismo se orienta, no para asegurar los fines del proceso, sino más bien para la protección de la colectividad, en procura de que al constatarse probablemente la proclividad delictiva de la persona sindicada, se eviten, otras posibles lesiones a los bienes jurídicos tutelados. Este es el más claro ejemplo de una excepción a los fines de las medidas cautelares.

Presupuestos Finales

No puede dejarse el tema sin señalar que, en esta materia, debe existir proporcionalidad entre la medida impuesta, la idoneidad y necesidad de las mismas, conforme con lo que se extrae de los numerales 243 y 244 del Código de rito (voto 2007-13661 de la Sala Constitucional). La proporcionalidad se orienta sobre dos

niveles, el tiempo de imposición de esta (lo que nos lleva al control del tiempo del proceso ya considerado) y la medida en concreto, lo que se une con el tema de la necesidad. El tema de la proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad se torna en carácter vertical sobre todo el ordenamiento jurídico de tradición democrática, liberal y republicana. De esa manera, es imperativo su cumplimiento.

Así frente a los peligros en concretos acreditados y el nivel de estos, debe escogerse la medida que resulta de menor lesión a los derechos de la persona imputada, de forma que se debe procurar aquella que acredite la menor lesión; pero suprimiendo o disminuyendo el peligro en concreto que se ha acreditado. Si la medida no permite disminuir el peligro, se torna no idónea e injustificada, consecuentemente ilegítima; por el contrario, si resultan demasiado severas, se generan inadecuadas. Como se ha indicado, no es posible establecer un paralelismo entre algún peligro en concreto y la medida, pues todo depende del caso en particular.

Conclusiones

Evidentemente, el tema de las medidas cautelares en materia penal es por demás un tema complejo, y tiene una serie de supuestos que se deben considerar que pueden interactuar en un mismo caso, con una serie de valoraciones que deben realizarse para generar la solución frente al caso concreto que presente la debida proporcionalidad, idoneidad y necesidad. Es una valoración compleja frente a un caso concreto, ya que no siempre existen las bases para poder asegurar que la decisión adoptada fue la mejor.

Hemos pretendido exponer algunos aspectos muy básicos sobre el tema, no con la pretensión de obtener el nivel de intersubjetividad adecuado, sino al menos evidenciar aquellos aspectos sobre los cuales existe algún grado de seguridad y los otros donde no existe tal. La exposición del tema, cuando menos, podrá generar la discusión necesaria para llegar a algún nivel de consenso posterior.

Bibliografía

Álvarez Gutiérrez, S. y Briceño Benavides, J. (2003). *Aplicación, viabilidad y eficacia de las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, previstas por el código procesal penal de Costa Rica, una perspectiva de análisis socio-jurídico*. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica, edición mecanografiada.

Arroyo, M. (1995). *El sistema penal ante el dilema de sus alternativa.*, Costa Rica, Colegio de Abogados y Abogadas. Badilla Jara, J. y Escalante Quirós, W. (1998). *Análisis de las medidas cautelares de carácter personal en el Código procesal penal a la luz de los principios constitucionales*. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica, edición mecanografiada.

Badillo, R. *Funciones del Ministerio Público*. s. a. p., República de México, en <http://www.monografias.com/trabajos11/dermex/dermex2.shtml>

Barrientos Pellecer, C. (1995). *Derecho procesal Guatemalteco*. Guatemala: Ed. Magna.

Binder, A., Gadea, D. et ál. (2006). *Derecho Procesal Penal*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, en <http://books.google.co.cr/books?id=XK-1YAQq5PAC&pg=RA3-PA231&lpg=RA3-PA231&dq=peligro+de+obstaculizaci%C3%B3n+derecho+procesal+penal&source=bl&ots=zaBdfzE0Ex&sig=E5kt6j1K12qfYQXhyWtPr6x>

plc4&hl=es&ei=GU7JSpzjAcuwlAedh5GSAw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=7#v=onepage&q=peligro%20de%20obstaculizaci%C3%B3n%20derecho%20procesal%20penal&f=false

Bovino, A. (1996). *Temas de derecho procesal guatemalteco*. Guatemala: Fundación Myrna Mack, primera edición.
_____. (1993). *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos*. Ponencia presentada al V Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología, realizado en Santiago de Chile del 12 al 15 de mayo.

Cafferata Nores, J. (1988). *La excarcelación*. Buenos Aires, edición mecanografiada.

Carranza, Elías et ál. (1983). *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*. San José, Costa Rica: Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de Delincuente.

_____. *Criminalidad ¿Prevención o promoción?* s.a.p., San José, C.R: Editorial UNED.

_____. (1991). *Situación y perspectiva penitenciarias en América Latina y el Caribe. Necesidad de alternativas a la prisión*. En *El Sistema Penitenciario entre el temor y la Esperanza*. México: Orlando Cárdenas Editor, S. A.

Castro Ferrero, L. (2007). *Los principios de tipicidad, culpabilidad e irretroactividad de la ley penal y la utilización de preceptos penales determinados jurisprudencialmente*. Costa Rica, Universidad de Costa Rica, tesis para obtener por el grado de Licenciado en Derecho, edición mecanografiada.

Cersósimo D'Agostino, G. (1999). *El principio de inocencia en la nueva legislación procesal penal costarricense*. Costa Rica, Universidad de Costa Rica, Tesis para obtener por el grado de Licenciado en Derecho, edición mecanografiada.

Badillo, R. *Funciones del Ministerio Público*. s. a. p., República de México, en <http://www.monografias.com/trabajos11/dermex/dermex2.shtml>

Barrientos Pellecer, C. (1995). *Derecho procesal Guatemalteco*. Guatemala: Ed. Magna.

Binder, A., Gadea, D. et ál. (2006). *Derecho Procesal Penal*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, en http://books.google.co.cr/books?id=XK-1YAQq5PAC&pg=RA3-PA231&lpg=RA3-PA231&dq=peligro+de+obstaculizaci%C3%B3n+derecho+procesal+penal&source=bl&ots=zaBdfzE0Ex&sig=E5kt6j1K12qfYQXhyWtPr6xplc4&hl=es&ei=GU7JSpzjAcuwlAedh5GSAw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=7#v=onepage&q=peligro%20de%20obstaculizaci%C3%B3n%20derecho%20procesal%20penal&f=false

Bovino, A. (1996). *Temas de derecho procesal guatemalteco*. Guatemala: Fundación Myrna Mack, primera edición.
Bovino, A. (1996). *Temas de derecho procesal guatemalteco*. Guatemala: Fundación Myrna Mack, primera edición.

_____. (1993). *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos*. Ponencia presentada al V Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología, realizado en Santiago de Chile del 12 al 15 de mayo.

Cafferata Nores, J. (1988). *La excarcelación*. Buenos Aires, edición mecanografiada.

Carranza, Elías et ál. (1983). *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*. San José, Costa Rica: Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de Delincuente.

_____. *Criminalidad ¿Prevención o promoción?* s.a.p., San José, C.R: Editorial UNED.

_____. (1991). *Situación y perspectiva penitenciarias en América Latina y el Caribe. Necesidad de alternativas a la prisión*. En *El Sistema Penitenciario entre el temor y la Esperanza*. México: Orlando Cárdenas Editor, S. A.

Castro Ferrero, L. (2007). *Los principios de tipicidad, culpabilidad e irretroactividad de la ley penal y la utilización de preceptos penales determinados jurisprudencialmente*. Costa Rica, Universidad de Costa Rica, tesis para obtener por el grado de Licenciado en Derecho, edición mecanografiada.

Cersósimo D'Agostino, G. (1999). *El principio de inocencia en la nueva legislación procesal penal costarricense*. Costa Rica, Universidad de Costa Rica, Tesis para obtener por el grado de Licenciado en Derecho, edición mecanografiada.
Christie, N. (1994). *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura Económica, primera edición en español.

Domínguez, F. et ál. (1984). *El derecho a la libertad en el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Némesis.
Elizondo Vargas, A. M. (1994). *El principio de igualdad en el proceso pena*. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica, edición mecanografiada.

Escalante Moncada, A. y Fernández Barrantes, D. (1998). *Estructura organizativo-funcional del Ministerio Público en Costa Rica*. Costa Rica: impresiones del Poder Judicial, edición mecanografiada.

Ferrajoli, L. (1993). Citado por Bovino Alberto en *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos*. Ponencia presentada al V Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología, realizado en Santiago de Chile del 12 al 15 de mayo.

Garrido, J. (2004). *Las Causales de la Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal Dominicano*. República Dominicana. En <http://www.ecoportal.net/content/view/full/25872>

González Álvarez, D. et ál. (1997). *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. San José Costa Rica: Ediciones del Poder Judicial, segunda edición ampliada.

Hassemer, W. (1995). *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc, S. R. L., primera edición.

Hidalgo Quesada, M. y Aguilar Osés, L. F. (1995). *La conceptualización del debido proceso administrativo, en la doctrina, nuestra legislación y la jurisprudencia del recurso de amparo*. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica, edición mecanografiada.

Hsiang Lin, H. (2008). *Análisis del quebrantamiento del principio básico de excepcionalidad en el uso de la prisión preventiva a partir de la vigencia del actual Código Procesal Penal*. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica, edición mecanografiada.

Horvitz Lennon, M. y López Masle, J. (2008). *Derecho Procesal Penal chileno*. Chile: Editorial Jurídica de las Américas.

Ippolito, F. (1997). La detención preventiva. En *Revista de Derecho Constitucional*. N.º 19, abril a junio de 1996. Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

Jiménez de Asua, L. (1962). *Tratado de derecho pena.*, Buenos Aires, Argentina, 3º. Ed.

Jiménez Rodríguez, J. A. (1999). *Violación al principio de defensa en el nuevo código procesal penal, un proyecto de reforma.* Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica, edición mecanografiada.

Levene, R. (1981). *El debido proceso y otros temas*, San José, Edición mecanografiada.

Llobet, J. (1997). *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. San José, Costa Rica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A.

_____. (2003). *Proceso Penal Comentado*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, primera edición.

Maier, J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo 1.

Pastor, D. (1993). *El encarcelamiento preventivo en AA.VV. El nuevo código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Argentina: Ed. Del Puerto.

Rodríguez Hurtado, M. *Medidas Cautelares en el Nuevo Código Procesal Penal*. s. a. p, República de Perú, en <http://blog.pucp.edu.pe/item/24971>

Salazar Quirós, F. (1986). *El actor civil en el proceso penal costarricense*. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica edición mecanografiada.

Wittman Stengel, S. (1994). *El imputado como objeto de prueba en el proceso penal costarricense*. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica, edición mecanografiada.

Zaffaroni, E. R. (1989). *En busca de las penas perdidas, deslegitimación y dogmática jurídico-pena*. Buenos Aires, Argentina: Ediar S.A., editora comercial, industrial y financiera.

Votos

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 160-89 del trece de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve.

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 1161-91 del catorce de junio de mil novecientos noventa y uno.

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 1490-91 del siete de agosto de mil novecientos noventa y uno.

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 145-93 del trece de enero de mil novecientos noventa y tres.

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 670-2000 del veintiuno de enero de dos mil.

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 8959-2000 del trece de octubre de dos mil.

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2007-04853 de las 12:09 hrs. del 13 de abril de 2007.

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2007-13661 de las 09:43 hrs. del 21 de septiembre de 2007.

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2008-003923 de las catorce horas y treinta y seis minutos del doce de marzo de dos mil ocho.

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2008-006586 de las dieciséis horas y treinta y ocho minutos el veintidós de abril de dos mil ocho.

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2009-2713 del veinte de febrero de dos mil nueve.

República de Costa Rica, Poder Judicial, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2006-291 de las 10:20 horas del 28 de julio de 2006.

Influencia de los juicios paralelos por los medios de comunicación colectiva en el proceso penal

*Raymond Porter Aguilar**

Resumen

En los últimos años, la creciente expansión de la cobertura de los medios de comunicación sobre el proceso penal genera grandes preocupaciones en los y las intervinientes del ámbito de la justicia penal, ya que si bien la difusión mediática es conveniente dentro de un proceso penal democrático, particularmente en la fase del contradictorio, lo cierto es que algunas prácticas frecuentes en las informaciones periodísticas atentan contra las garantías fundamentales propias del proceso penal, pues más allá de informar objetivamente, se tiende a introducir en la noticia, ya sea de forma implícita o expresa, la opinión del medio o del o de la periodista de cómo se debe fallar un asunto sub judice, sea a favor de la persona acusada o en su contra, presionando a los jueces y juezas a que resuelvan el asunto en el sentido que preconiza el medio, o bien vulnerando su derecho a intimidad, honor e imagen al presentar a personas sometidas a procesos como culpables, antes de que exista una condena en firme. También debe tenerse en cuenta que los medios de comunicación se comportan de manera diferenciada en cuanto a su discurso, al tratar delincuencia común, delincuencia de cuello blanco o, bien, a personas imputadas de la clase política. Los políticos parece ser las personas imputadas que pueden construir con mayor facilidad un juicio paralelo propio favorable a su posición procesal.

1. El proceso penal y su relación con los medios de comunicación colectiva

1.1. Punto de encuentro. El Principio de Publicidad

En un Estado social y democrático de derecho, el Principio de Publicidad en la Administración de Justicia es una conquista del pensamiento ilustrado; en contraposición a la “justicia de gabinete” o secretismo procedimental del Antiguo Régimen, representa una garantía de derechos naturales, inalienables y sagrados del ser humano frente al arbitrio judicial y eventuales manipulaciones gubernamentales en la constitución y funcionamiento de la judicatura, a su vez, implica un instrumento de legitimación de los tribunales frente a la ciudadanía, pues la posibilidad de control popular sobre la Administración de Justicia genera confianza en el público sobre las actuaciones del Poder Judicial (Borrero, 2001, p. 172).

Las implicaciones de tal principio son inconmensurables, pues son el reflejo del pacto político que define la forma de gobierno de una sociedad. En el caso de Costa Rica históricamente la tradición democrática que proviene desde los albores de la independencia patria se ha mantenido

* M. Sc. Raymond Porter Aguilar, fiscal de la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios del Ministerio Público. Máster en Administración de Justicia, enfoque Socio-Jurídico, énfasis en Derecho Penal de la Universidad Nacional de Costa Rica. Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica.

vigente a lo largo de las diferentes constituciones. La organización política elegida por los constituyentes se plasma en su última versión en el artículo 1º de la Constitución Política de 1949: “*Artículo 1.- Costa Rica es una República democrática, libre e independiente*”; tal opción de gobierno es complementada en el artículo 9: “*El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable [...]*”. Lo anterior quiere decir que publicidad y república democrática son conceptos políticamente indisolubles. Siguiendo al maestro italiano Norberto Bobbio (1989, p. 33) resulta claro que hay, por un lado, una dicotomía publicidad/república y, por otro, secreto/despotismo:

Conceptualmente, el problema de la publicidad del poder, siempre sirvió para mostrar la diferencia entre dos formas de gobierno: la república, caracterizada por el control público del poder y en la época moderna por la formación libre de una opinión pública, y el principado, cuyo método de gobierno contempla el recurso a los arcana imperii, es decir, al secreto de Estado que en un Estado de derecho moderno solamente está previsto como un remedio excepcional.

A la hora de aquilatar adecuadamente la primera dicotomía, es de suma importancia tener en cuenta que, si se ha proclamado a Costa Rica como una República democrática, necesariamente, su Administración de Justicia, en particular la justicia penal, para resultar legítima y coherente con tal opción de sistema de gobierno, debe ser transparente, debe rendir cuentas, en fin deber ser pública y controlable por la ciudadanía (1).

La garantía de publicidad originalmente, se pensó para que fuera satisfecha con la presencia directa de la ciudadanía en la sala de juicio observando la verificación del proceso, denominada publicidad inmediata. No obstante, la complejidad del mundo globalizado hace que la forma de dar pleno cumplimiento a esta garantía sea a través de una publicidad mediata; es decir, la que se logra difundiendo más allá de la sala de juicio, los pormenores del procesamiento de las personas acusadas y lo que resuelven los jueces y las juezas. Adicionalmente la cobertura mediática contribuye a la decodificación del complejo lenguaje jurídico –propio de los procesos judiciales– a un lenguaje llano y comprensible para el lego (Binder 1993, citado por Rodríguez, 2000, p. 317).

Lo indicado hasta este momento tiene plena aplicación en la fase de contradictorio o juicio que es donde precisamente se discute una alta probabilidad de la comisión del hecho delictivo; se produce la prueba y, posteriormente, se decide el asunto, en las fases previas, sean: el Procedimiento Preparatorio (fase de investigación) y el Procedimiento Intermedio; rige el *Principio de Privacidad de las Actuaciones* que, como se verá, aparte de proteger la investigación de fugas de información que comprometan el éxito de la pesquisas, pretende proteger la dignidad humana de las personas sospechosas sobre las cuales no existe un nivel de convencimiento en cuanto a su participación criminal en los hechos que se investigan y, en consecuencia, se trata de evitar los grandes perjuicios y estigmas que sufren las personas a causa de ser procesadas penalmente.

Tampoco opera la publicidad en el caso de la Jurisdicción Penal Juvenil, por las razones antes apuntadas y la finalidad educativa y formativa del proceso penal en el caso de las personas menores de edad.

1.2. Proceso penal, búsqueda de la verdad y premisa epistemológica

El proceso penal tiene como cometido la averiguación de una verdad procesal o verdad forense, la cual sirve de sustrato para la decisión judicial que zanje el asunto planteado. La decisión de los jueces y juezas es, a la vez, preceptiva y asertiva; en otras palabras, los fallos judiciales son preceptivos, porque deciden y ordenan, son coercitivos al igual

que las leyes. Sin embargo, a la vez son construcciones de actos normativos asertivos cuya validez se funda en la verdad alcanzada merced al proceso epistemológico reglado del proceso penal. Esta segunda cualidad, la de ser asertivos, implica que se puede comprobar su verdad a través del examen de las motivaciones en relación con las probanzas; es decir, son cognoscibles. Esta característica da sentido y legitimación a la función Jurisdiccional de Administración de Justicia (Ferrajoli, 2005).

Lo anterior es un tema fundamental por cuanto marca una clara diferencia en relación con otros ámbitos del quehacer normativo del Estado, pues distinto a las resoluciones del Poder Judicial, otros actos normativos como las leyes, reglamentos o decisiones administrativas, emanadas por el Poder Legislativo y el Ejecutivo son actos normativos estrictamente preceptivos, ni verdaderos ni falsos, tampoco cognosciblemente fundados o infundados.

Además tiene enormes implicaciones prácticas, por tanto, el Poder Judicial con sus decisiones puede claramente perfilarse en ocasiones como un poder contra mayoritario sobre todo cuando resuelve a favor de la defensa de los derechos fundamentales, pese a la opinión pública.

En palabras de Luigi Ferrajoli, se puede captar la importancia práctica del contenido de las resoluciones judiciales que las hace diferentes a otro tipo de actos normativos:

No puede castigarse a un ciudadano sólo porque ello responda al interés o la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o subsanar un error cometido en perjuicio de un sólo ciudadano. Y ningún consenso político –del parlamento, la prensa, los partidos o la opinión pública- pueden suplantar la falta de prueba en una hipótesis acusatoria(...). (Ferrajoli, 2005, p. 544).

El anterior razonamiento funciona a la inversa de igual manera, es decir ningún consenso político o mediático podría fundamentar un fallo favorable a ciertas personas imputadas, a no ser que ello coincida con la prueba o bien con un estado dubitativo del juez o de la jueza frente a esta, en cuanto a la responsabilidad de la persona acusada.

En ambos casos, se puede apreciar que la naturaleza de la función jurisdiccional de los jueces y juezas no debería ser objeto de opinión alguna durante la tramitación del proceso antes de que se emita la sentencia, desde luego lo que se resuelva podrá ser objeto de crítica o consenso, mas no antes del dictado de la resolución. De allí que se estime más grave o perjudicial la intromisión o las presiones que puedan hacerse sobre el proceso penal por los medios de comunicación colectiva, que las opiniones que la prensa pueda expresar sobre el quehacer de los otros poderes del Estado.

El proceso de averiguación de la verdad forense es altamente formalizado, ya que su diseño no está concebido para averiguar indiscriminadamente toda la información posible sobre un hecho o circunstancia o sobre las personas investigadas, sino para construir una verdad procesal que se sustenta en premisas válidas alcanzadas por medio de elementos de prueba recabados de manera lícita; es decir, con respeto de las garantías constitucionales de los y las intervinientes (Latorre, 2002, p. 35).

1.3. Periodismo, deber de informar y derecho a la información.

En el periodismo, el proceso de construcción de su verdad es mucho más laxo, para su obtención sirve la lógica, pero además la intuición y otros muchos métodos de arribar al conocimiento, al contrario de la decisión

judicial (caracterizada por la distancia y sosiego frente al conflicto) en el periodismo, juegan las pasiones y la inmediatez.

El fin del periodismo es diferente al de la Judicatura (que pretende declarar el derecho), pues el primero lo que busca es la verdad para informar y formar; es decir, con el objetivo de facilitar el acceso a un conocimiento que permita a la ciudadanía disponer de datos precisos que le permitan adquirir una conciencia que le haga más libres y, por tanto, más crítica a la hora de opinar y optar (Latorre, 2002, p. 41).

El periodismo se ejerce como un derecho fundamental que en su formulación clásica implicaba la libertad de expresión, opinión, pensamiento y libertad de prensa, y el correlativo deber para el Estado de no perturbar el ejercicio de esas garantías. Sin embargo, actualmente debe tenerse en cuenta que, a partir de la incorporación de los “derechos a la libertad de opinión y expresión” en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948, (2) estos se convirtieron en un **derecho humano** que asiste no solo a quien investiga y difunde información, sino a quien la recibe, es decir se reconoce el derecho de las personas receptoras o destinatarias de la información a recibir sin molestia alguna cuanta información sea de su interés, así como el investigar y buscar por su cuenta la información pública que les plazca (Villalobos, 1997, p. 57).

En un sentido similar, la libertad de expresión, a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se entiende en dos dimensiones: una individual y una social(3). Lo anterior es compartido por el abogado y periodista Luis Sáenz Zumbado miembro del Observatorio para la Libertad de Expresión:

(...) La libertad de expresión representó durante dos siglos el ideal de una manifestación libre del pensamiento que el individuo podía o no ejercer. La información es una categoría externa al individuo que está muy lejos de identificarse con la manifestación del pensamiento. A diferencia de la libertad, que se puede o no ejercer, el derecho es una atribución exigible. (Sáenz, 1999, p. 74).

Hasta aquí resultaba exigible el derecho a la información, bajo el entendido de que les asistía a las personas destinatarias el derecho a recibir noticias verdaderas. Pero ello no estaba expresamente indicado en la normativa nacional y supra nacional. Sin embargo a raíz de la reforma al artículo 46 de la Constitución Política –de mayo de 1996–, cuyo origen coincide con un movimiento mundial a favor de la protección a los derechos del consumidor (Vargas, 2008, p. 2), se consagró como derecho fundamental el derecho a la información, en su faceta de “recibir” información; pero con nuevos requisitos. En lo que interesa, el párrafo 5 del numeral 46 constitucional quedó redactado de esta forma:

Artículo 46.-

*(...)
Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos, a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias. (...). Reforma Constitucional N.º 7607 de 29 de mayo de 1996. (Lo resaltado no es del original).*

Lo anterior es de suma importancia ya que se incluye expresamente en la Constitución Política con rango de derecho fundamental el derecho a la información; pero, en concordancia con su nueva característica de derecho humano,

la información debe ser adecuada y veraz (4). Esto podría ser entendido como ajustado al interés público y podría ser verdadero. La información de interés público puede entenderse, a su vez, que se trata del ejercicio periodístico que contribuye al enriquecimiento de la opinión pública.

Ahora bien, a parte de cumplir con la información, adecuada y veraz, el respeto a la garantías constitucionales y su reglamentación en la ley procesal debería implicar un marco legal que se debería respetar por parte de los medios, al igual que lo debe hacer cualquier persona ciudadana particular y desde luego el Estado. Sin embargo, en la práctica esto no ocurre así y muchas veces los medios en la cobertura de asuntos judiciales se exceden y afectan los derechos de la ciudadanía.

En nuestros días, la jurisdicción penal es objeto de una creciente cobertura mediática, pues el espacio en los noticieros televisivos así como en la prensa escrita, cada vez más se dedica a los “sucesos”, a los “judiciales” y a la llamada “nota roja”. Esta situación no es casual, sino que viene determinada por fenómenos contemporáneos, tales como: la concentración de los mass media en monopolios cada vez más poderosos, los sesgos ideológicos (5), orientaciones políticas, así como el simple interés económico o comercial. Esto produce que sean altamente rentables la dramatización y la exageración en la cobertura mediática de los fenómenos sociales y que sea particularmente muy redituable la difusión de los hechos criminosos en una sociedad de riesgos (Hernández, 2001, p. 69-70).

En este contexto, al estar los medios imbuidos en un nicho competitivo del mercado que vende la información como un producto, en la entrega noticiosa, no resulta extraño que, desde el punto de vista del consumo el sensacionalismo, sea lo más importante, mientras que desde el punto de vista ideológico, lo importante sea el crear miedo o pánico a la inseguridad ciudadana con la consecuente anuencia social al aumento de la represión y autoritarismo, e incluso a nivel de demanda al Estado (Bustos, 1983, p. 59) (6).

No obstante, debe indicarse que el periodismo presta un incalculable servicio a la democracia al contribuir a la formación de la opinión pública, mediante el procesamiento de la información que posteriormente es difundida (Villalobos, 1997, p. 111). El impacto de la información produce efectos visibles en los niveles de decisión del poder así como en el control político que ejerce la sociedad sobre el Gobierno. La opinión pública puede definirse como: “[...] *el fenómeno psico-social y político que consiste en la discusión y expresión libres, de un grupo humano en torno a un objeto de interés común*”. (Rivadeneira, 1992, citado por Villalobos, 1997, p. 111).

El y la periodista cumplen su cometido cuando informan y profieren datos que sirven para formar una opinión libre en la ciudadanía que recibe su mensaje, de allí que el periodismo actúa legítimamente cuando investiga y descubre hechos ilegales que, posteriormente, son objeto de enjuiciamiento, pues ha cumplido su función de informar y formar (Borrero, 2000, p. 173).

2. Disfunción periodística. Los juicios paralelos

Al inicio se sostuvo que el punto de encuentro entre proceso penal y medios de comunicación colectiva lo era el Principio de Publicidad, y se habló acerca de la gran importancia de la cobertura mediática como herramienta de la publicidad mediata que requiere el proceso para gozar de legitimidad, pues bien, como se verá a continuación, con gran facilidad, dado el poder inconmensurable de los medios de comunicación, se puede dar paso a prácticas abusivas que trasgreden los derechos fundamentales de las personas intervinientes en proceso, así como la legitimidad de la función jurisdiccional.

En primer término, sobre el género noticia y como referente de lo que a continuación se desarrollará, ha de tenerse en cuenta que

(...) la noticia es el género fundamental del periodismo el que nutre a todos los demás y cuyo propósito único es dar a conocer los hechos de interés colectivo. No se dan opiniones. Se informa el hecho y nada más. El periodismo no califica lo que informa. La noticia debe redactarse sin interpretar. El periodista se atiene a la verosimilitud y a la oportunidad para dar cuenta de los hechos, le gusten o no (...). (Leñero y Marín, 1986, citado por Castro Mora, 2005, p. 53).

Así, resulta claro que el deber de los y las periodistas de cara a la difusión de hechos noticiosos no solamente está perfilado desde el artículo 46 de la Constitución Política y demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a nuestro bloque de legalidad, sino que además existen imperativos de orden deontológico que vinculan a los y las periodistas al ejercicio de su profesión de manera veraz y objetiva, sin “editorializar” la noticia, es decir sin inducir expresa o implícitamente la opinión del medio o de la persona comunicadora en un reporte noticioso (7).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta la opinión del periodista Ignacio Ramonet, del periódico francés *Le Monde Diplomatique* (citado por Puccinelli 2005, p. 82) sobre cuándo se da lo que se denomina una “verdad mediática”:

(...) cuando todos los medios dicen que algo es verdad, y eso se impone como verdad, aunque sea falso. Por lo cual, si la prensa unánime, la radio y la TV dicen que algo es verdad, es verdad (...) Lo que pasa es que todo está basado en esa figura retórica que dice que repetir es igual que demostrar, pero repetir no es igual que demostrar. Tenemos una verdad mediática que se impone sobre una base retórica falsa, ya no se demuestra, basta con repetirlo (...).

2.1 Aproximación Conceptual

Así entendida la función del y de la periodista frente a la noticia de carácter judicial, resulta claro que en la relación prensa –proceso penal, el paradigma se rompe cuando esa función informativa o comunicativa asignada a los medios de comunicación se transforma en una decidida función configurativa e intervencionista tanto en los procesos de decisión judicial como en el contexto social de recepción y percepción de dichas decisiones (Hernández 2001, p. 73). En otras palabras, la disfunción se presenta cuando los y las periodistas pasan de su función informativa/formativa a un ejercicio ilegítimo del periodismo, en la cual pretenden sustituir o alterar la sensibilidad o percepción social por medio de una intervención manipuladora, creándose una verdadera *Ingeniería del Consenso*, en la cual el público/receptor solo está en condiciones de aceptar lo ya decidido por el medio (Latorre, 2002, p. 23).

Es en este punto cuando se produce un traslape de funciones generando lo que se ha denominado *juicios paralelos por los medios de comunicación colectiva*, donde se pretende dar una solución plebiscitaria/emotiva a conflictos de índole jurídica, que deben ser resueltos de manera racional y legal. Esta situación no solo tiene incidencia en una serie de garantías constitucionales que protegen las personas imputadas e, incluso, a las víctimas en el marco de un proceso penal, sino que además puede afectar la imagen y la legitimación de la Administración de Justicia desde la percepción ciudadana (8).

La temática planteada tiene gran presencia en el pensamiento jurídico, así como en el pensamiento sociológico. No obstante, en el mundo periodístico se tiende a invisibilizar, bajo el alegato de que se trata en suma, no de juicios paralelos, sino de malos jueces que se dejan influenciar por la prensa cuando su deber

es ser independientes e imparciales (González Armando, entrevistado por Castro Mora, 2005, p. 131), o bien, por algunas personas juristas que se aferran a la presunta invulnerabilidad de la estructura judicial y a la jerarquía de las normas (presunción de inocencia), como valladares inexpugnables frente a la opinión de la prensa (Carbonell, 2000), como si las normas jurídicas tuvieran facultades metafísicas para conjurar cualquier vulneración que se pretenda contra los bienes jurídicos que se tutelan.

Resulta de enorme interés a efectos de la presente investigación mencionar la disputa que mantuvo el jefe de redacción y director de opinión del periódico La Nación, Armando González Rodicio con la Sala Constitucional, particularmente con el magistrado Ernesto Jinesta Lobo sobre los “juicios mediáticos”.

Lo anterior sucedió con motivo de un recurso de amparo interpuesto por el ex presidente Miguel Ángel Rodríguez Echeverría en contra del Fiscal General de la República (9), en el cual alegó fugas de información atribuibles al Ministerio Público que afectaban sus derechos fundamentales. Por tanto, los medios de comunicación estaban construyendo un juicio paralelo por la prensa en su contra a partir de la manipulación de la información.

La Sala Constitucional, por medio del magistrado Jinesta Lobo, a quien correspondió ser el instructor del recurso de amparo, de oficio dispuso requerir informes a los medios de comunicación colectiva para determinar si se estaba incurriendo en **“juicio paralelo de prensa o mediático”**. Lo anterior fue criticado fuertemente por González Rodicio en un artículo titulado **“ABSURDO EN LA SALA IV / Magistrado Jinesta pidió, de oficio, informes que vulneran la libertad de expresión”** (10), quien refiriéndose a lo requerido por la Sala Constitucional, indicó:

El problema es que la expresión no tiene un sentido preciso y mucho menos una definición jurídica que oriente a los directores a la hora de hacer su informe. Nadie puede saber con exactitud a qué se refiere el Magistrado con la expresión “juicio mediático” ni cuándo considera que la libertad de difundir informaciones se transforma en un acto judicial de esta especial naturaleza (...). En consecuencia, los periodistas quedan indefensos. Solo podrán decir que en este caso, como en tantos otros, se limitaron a informar (...). (La Nación, 12 de julio de 2006).

En cuanto a los alcances o consecuencias del informe requerido a los directores de medios de comunicación, el aludido periodista señaló

En el mundo real, la práctica periodística difiere de la judicial en los fines, los medios y las consecuencias. No hay analogía posible. No obstante, resulta obvio que, según el criterio del Magistrado, los “juicios mediáticos” violan algún derecho fundamental puesto que, de lo contrario, no habría ampliado el amparo para incluir el curioso fenómeno. En el caso concreto, el derecho vulnerado no podría ser otro que el debido proceso. Ese derecho no es divisible: es solo uno, y, si fue vulnerado en el curso del “juicio mediático”, el magistrado Jinesta deberá recomendar a la Sala que declare todo el proceso viciado y ordene el archivo de la causa contra el ex presidente. Sería una conclusión absurda, pero es la única posible si el Magistrado quiere llevar la forzada analogía entre los procesos judiciales y la práctica periodística hasta sus lógicas consecuencias. De lo contrario, deberá explicar por qué pidió, de oficio, informes sobre unos hechos que no vulneran los derechos fundamentales y más bien constituyen el legítimo ejercicio de uno de ellos: la libertad de expresión. (La Nación, 12 de julio de 2006).

Resulta de enorme interés a efectos de la presente investigación mencionar la disputa que mantuvo el jefe de redacción y director de opinión del periódico La Nación, Armando González Rodicio con la Sala Constitucional, particularmente con el magistrado Ernesto Jinesta Lobo sobre los “juicios mediáticos”.

Lo anterior sucedió con motivo de un recurso de amparo interpuesto por el ex presidente Miguel Ángel Rodríguez Echeverría en contra del Fiscal General de la República (9), en el cual alegó fugas de información atribuibles al Ministerio Público que afectaban sus derechos fundamentales. Por tanto, los medios de comunicación estaban construyendo un juicio paralelo por la prensa en su contra a partir de la manipulación de la información.

La Sala Constitucional, por medio del magistrado Jinesta Lobo, a quien correspondió ser el instructor del recurso de amparo, de oficio dispuso requerir informes a los medios de comunicación colectiva para determinar si se estaba incurriendo en **“juicio paralelo de prensa o mediático”**. Lo anterior fue criticado fuertemente por González Rodicio en un artículo titulado **“ABSURDO EN LA SALA IV / Magistrado Jinesta pidió, de oficio, informes que vulneran la libertad de expresión”** (10), quien refiriéndose a lo requerido por la Sala Constitucional, indicó:

El problema es que la expresión no tiene un sentido preciso y mucho menos una definición jurídica que oriente a los directores a la hora de hacer su informe. Nadie puede saber con exactitud a qué se refiere el Magistrado con la expresión “juicio mediático” ni cuándo considera que la libertad de difundir informaciones se transforma en un acto judicial de esta especial naturaleza(...). En consecuencia, los periodistas quedan indefensos. Solo podrán decir que en este caso, como en tantos otros, se limitaron a informar(...). (La Nación, 12 de julio de 2006).

En cuanto a los alcances o consecuencias del informe requerido a los directores de medios de comunicación, el aludido periodista señaló

En el mundo real, la práctica periodística difiere de la judicial en los fines, los medios y las consecuencias. No hay analogía posible. No obstante, resulta obvio que, según el criterio del Magistrado, los “juicios mediáticos” violan algún derecho fundamental puesto que, de lo contrario, no habría ampliado el amparo para incluir el curioso fenómeno. En el caso concreto, el derecho vulnerado no podría ser otro que el debido proceso. Ese derecho no es divisible: es solo uno, y, si fue vulnerado en el curso del “juicio mediático”, el magistrado Jinesta deberá recomendar a la Sala que declare todo el proceso viciado y ordene el archivo de la causa contra el ex presidente. Sería una conclusión absurda, pero es la única posible si el Magistrado quiere llevar la forzada analogía entre los procesos judiciales y la práctica periodística hasta sus lógicas consecuencias. De lo contrario, deberá explicar por qué pidió, de oficio, informes sobre unos hechos que no vulneran los derechos fundamentales y más bien constituyen el legítimo ejercicio de uno de ellos: la libertad de expresión. (La Nación, 12 de julio de 2006).

En fecha 15 de julio de 2006, el magistrado Jinesta Lobo replicó a lo planteado por González un artículo titulado ***“UNA FACULTAD DE OFICIO / Absurda amenaza de demanda por una sentencia que no se ha dictado”***(11), en el cual explicó a las personas lectoras sobre las facultades de oficio de la Sala para ampliar un recurso de amparo; exigió respeto a la independencia e imparcialidad de los jueces y las juezas constitucionales, y manifestó la improcedencia de una amenaza hecha por González de demandar al Estado costarricense por la solicitud de informe.

El magistrado Jinesta, en su artículo, remitió a González a hacer una exploración conceptual de lege ferenda y fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el tema de los Juicios Paralelos, a lo que González replicó el día 30 de julio de 2006 con su artículo ***“EN BUSCA DEL JUICIO MEDIÁTICO / Sólo pretendo criticar un evidente desacierto y lo hago en pleno ejercicio de mis derechos”*** (12), en el cual narró el resultado de su acercamiento al tema de interés, y concluyó que no existía claridad desde el punto de vista legal ni jurisprudencial en Europa sobre el tema.

De lo anteriormente narrado, se extrae una serie de conclusiones de gran interés, en primer término, la posición del periodista de tratar de encontrar dentro de la legislación vigente un referente conceptual de “juicio mediático” que lo obligue a adecuar la conducta del medio frente al proceso penal. No obstante, al no existir normativamente tal definición, da por acreditada la futilidad del planteamiento. Por otra parte, tratando de vislumbrar el alcance de una gestión ante la Sala Constitucional sobre qué podría pasar si se declarara con lugar un recurso de amparo, plantea que lo que podría estimarse como violado sería el debido proceso y que por la naturaleza de este derecho fundamental, la consecuencia lógica debería ser el archivo de la causa penal.

La posición de González Rodicio es criticable en sus dos vertientes; en cuanto a lo primero, habría que contra argumentar que no se requiere una definición legal (expresa) en la ley para considerar la existencia de lo denominado “juicio mediático o juicio paralelo por la prensa” y, consecuentemente, se debe exigir, vía amparo, el respeto al proceso. Lo que ocurre es que una serie de violaciones a los derechos fundamentales y principios procesales, tales como: honor, intimidad, imagen, presunción de inocencia, independencia e imparcialidad judicial, etc. (que son las manifestaciones de derechos fundamentales que se atacan por los medios en un enjuiciamiento mediático) puede ser afectada no solo por el Estado, sino también por particulares, entre ellos la prensa. Así para el reclamo de su violación, no se requiere la existencia normativa y autónoma del concepto aludido, sino la constatación de un proceder por parte de la prensa que lesione esos derechos fundamentales.

Desde luego, será mucho más fácil constatar agresiones a garantías tales como honor, intimidad, imagen, presunción de inocencia, derecho de defensa, ya que empíricamente se pueden demostrar los excesos de la prensa en noticias o publicaciones que atenten contra ellas.

En el caso de los Principios de Imparcialidad e Independencia Judicial, existe una dificultad práctica que se estima infranqueable: ninguna persona juzgadora se va a atrever a reconocer que ha sido parcial o bien que ha actuado sin independencia a la hora de resolver un asunto, pues sería la negación misma de la naturaleza de su función, y constituiría –en el mejor de los casos– el delito de Incumplimiento de Deberes previsto y sancionado en el Código Penal, en su artículo 332, párrafo 2°.

No obstante, como se verá más adelante, es posible inferir este potencial peligro de manera indirecta. Por ello es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia del 29 de agosto del 1997 “Caso Worm vs. Austria” resolvió:

(...) se conculca el derecho a un proceso con todas las garantías, incluso sin necesidad de probar que la influencia ejercida ha tenido efecto concreto en la decisión de la causa, pues, por la naturaleza de los valores implicados, basta la probabilidad fundada de que tal influencia ha tenido lugar (...). (Citado por Vargas, 2008: p. 10).

Por otra parte, es equivocado pensar que la hipotética violación a los derechos fundamentales atribuida a los medios de comunicación, en connivencia o no con autoridades públicas lleve como consecuencia lógica, en cuanto a sus efectos, un archivo de la causa penal, ya que se trata de planos diferentes, la decisión sobre una causa penal es resorte exclusivo y excluyente de los tribunales penales que, como se indicó, resuelven sobre la base de hechos, prueba e inferencias de orden lógico que se puedan hacer sobre ellas, sin perjuicio de responsabilidades, penales, civiles y administrativas que podrían generarse a consecuencia de una violación a derechos fundamentales, mas no un archivo de una causa penal. Cualquier exceso en la libertad de expresión y prensa podría generar este tipo de consecuencias legales.

2.2. Existencia del juicio paralelo

Para tener una mayor claridad sobre este tema resulta necesario citar a José Alberto Saíd Ramírez (2008, p. 6), quien claramente plantea no solo la existencia de los denominados juicios paralelos o mediáticos, sino la cualidad extra normativa de dichos conceptos:

(...) los medios de comunicación (...) intervienen tanto en la argumentación mediática como en formular juicios o sentencias mediáticas. Por argumento mediático se entiende el discurso con privilegio de imágenes y sonidos, por audio, o en forma escrita (...) que efectúa un medio de comunicación en abono o cargo de un sujeto en una averiguación previa (también los que se efectúan para provocarla), o en un proceso judicial (...). Los alegatos mediáticos son informales y metajurídicos, pero existen y pueden pesar en la toma de decisiones de procuradores y juzgadores (...).

Así, se coincide con Saíd Ramírez en que los juicios paralelos sí podrían tener una incidencia en el ánimo de la persona juzgadora y podrían afectar su independencia e imparcialidad en doble vía, ya sea porque el juez o la jueza ceden a las presiones de los medios o de la opinión pública generada por los grupos de poder, o bien sea porque quieren reafirmarse frente a estas amenazas y resuelven contra la presión mediática. En este último caso, de igual manera se habrán apartado de su deber de imparcialidad e independencia, pues habría mediado en su decisión una finalidad de orden personal en lo resuelto (Latorre, 2002, p. 108).

Este eventual condicionamiento interno en doble vía se nutre adicionalmente de la exposición pública del juez y la jueza en los medios, pues en algunos casos, se tiende a identificar el asunto sub júdice no hacia el Poder Judicial como institución, sino hacia el juez o la jueza como individuos, cuyo ámbito o vida privada es expuesta a su vez por los medios ante la sociedad (Charon, 2002, p. 360).

En doctrina se ha venido sosteniendo que por *juicios paralelos por los medios de comunicación*, se puede entender lo siguiente:

(...) todo proceso generado e instrumentado en y por los medios de comunicación erigiéndose en jueces sobre un hecho sub júdice y anticipando la culpabilidad del imputado/acusado o desacreditando el proceso con el fin de influir en la decisión del Tribunal trocando su imparcialidad, de modo que cualquier lector/televidente tendrá

la impresión de que la jurisdicción penal no tendrá otro recurso que sentenciar en los términos publicados/publicitados. (Latorre, 2002, p. 105).

La anterior definición sirve de complemento a la tradicional atribuida a Eduardo Espín Templado, sobre el concepto de *juicio paralelo*:

(...) como el conjunto de informaciones aparecidas a lo largo de un período de tiempo en los medios de comunicación, sobre un asunto “sub iudice”, a través de los cuales se efectúa por dichos medios una valoración sobre la regularidad legal y ética del comportamiento de personas implicadas en los hechos sometidos a investigación judicial. Tal valoración se convierte ante la opinión pública en una suerte de proceso (...). (Juanes, 2006, p. 66).

Claro está, dicho procesamiento no se produce bajo las garantías de un debido proceso y no guarda relación con el método epistemológico propio del proceso penal.

También comprenden juicios paralelos, las campañas planificadas y organizadas a favor o en contra de las personas enjuiciadas, valiéndose para tal fin de la filtración de informaciones del sumario de investigación, la publicación sesgada de datos y el análisis parcial de la prueba, la publicación de la opinión de personas terceras, etc. Lo anterior se produce con el objetivo de someter a la opinión pública a la línea editorial de un medio concreto o un grupo de poder específico (Juanes, 2006, p. 64).

Los juicios paralelos van acompañados de actuaciones concretas de los medios dirigidas a presionar a los jueces y las juezas para que asuman en sus fallos la línea que el medio preconiza. En esto se va desde la crítica jurídica o profesional (válida en democracia) hasta la publicación de noticias relativas a la vida personal de los funcionarios y las funcionarias que nada tienen que ver con el asunto sometido a su conocimiento pero que sirven para desprestigiarlos (falacia personal), verbigracia, publicación de noticias referidas a acusaciones de las personas imputadas en contra de los funcionarios y funcionarias que conocen de sus asuntos, las cuales a la postre resultan desvirtuadas (Juanes, 2006, p. 65).

El tema de la filtración de datos reservados o protegidos por el **Principio de Privacidad de las Actuaciones** que rige durante el Procedimiento Preparatorio e Intermedio (13) es de particular importancia, pues en este segmento de una investigación penal, se busca asentar el juicio paralelo y se vulneran con mayor intensidad los derechos fundamentales de las partes involucradas, principalmente las personas imputadas. Autores como Perfecto Andrés Ibáñez con claridad afirman:

Aunque, con frecuencia, tales modos de operar gozan de cierto consenso, y se presentan cubiertos con el manto legitimador del derecho del ciudadano a saber, lo cierto es que se trata de prácticas ilegítimas, además o antes incluso que ilegales. En efecto, pues, aparte de entrañar usos en sí mismos arbitrarios de información privilegiada, insuficientemente contrastada por su unilateralidad, siempre se producen de forma parcial e instrumental, es decir, de manera sesgada y buscando deliberadamente el perjuicio de alguien con el consiguiente beneficio de otro. Además, no es infrecuente que policías, jueces y fiscales, se sirvan de esa clase de datos para un cierto do ut des, en el que la contrapartida para ellos es un mejor trato mediático. (Andrés, 2005, p. 172).

No debe dejarse de lado que presentar ante la opinión pública a una persona sometida a proceso como culpable (exhibiendo su imagen, divulgando sus datos personales, lugar de residencia, trabajo, datos de sus familiares, etc.), antes de que exista sentencia firme en su contra, es una forma de construir el fallo condenatorio desde los medios y la opinión pública, sometiendo a presiones indebidas a las personas juzgadoras, quienes a pesar de su condición de funcionarios no se encuentran abstraídos de la realidad social y, por lo tanto, son vulnerables a los influjos mediáticos.

2.3. Tipologías

2.3.1. Juicios paralelos sobre asuntos de delincuencia común

Hasta aquí, se puede apreciar con mayor claridad la tipología más frecuente de juicios paralelos; es decir, cuando se busca anticipadamente una persona culpable, generalmente se trata de hechos delictivos, si bien comunes, generalmente sobre hechos atroces (homicidios, violaciones, robos violentos, etc.) que generan gran repudio y alarma social. En estos casos, los medios de comunicación emiten, en los términos ya indicados, su veredicto de culpabilidad que esperan imponer a los jueces y las juezas.

Desde la teoría de la pena, autores como Emiro Sandoval Huertas (1996) señalan que el proceso penal y, por extensión, su cobertura mediática cumplen a cabalidad una función no declarada, sea una función latente de gran importancia que se materializa a nivel del artificial plano de la superestructura de la sociedad, donde juegan un papel determinante la manipulación de los sentimientos y las impresiones colectivas. Se trata de la función vindicativa y la de cobertura ideológica, ambas dentro del nivel psico-social de las funciones no declaradas de la pena, según el autor colombiano.

La primera es la función vindicativa que se basa en el primitivo componente de venganza probablemente relacionado con el instinto de conservación. Aquí los medios juegan un papel central de linchamiento de la persona tachada como delincuente.

El otro aspecto, el denominado cobertura ideológica que funciona en doble vía, primero ocultando cualquier nivel de corresponsabilidad social del sistema económico/político en la comisión de hechos delictivos, donde figura en los medios la persona delincuente como única responsable del hecho delictivo, sin reflexión alguna sobre posibles factores criminógenos externos (ambientales) que podrían haber llevado a la persona a delinquir (pobreza, exclusión social, drogadicción, etc.).

Por otro lado, los medios prestan un gran servicio al sistema económico/político al promover la idea de que todos los delitos se castigan igual, lo cual no es cierto (Sandoval, 1996).

Autores como Eugenio Raúl Zaffaroni (1989, p. 131-136) plantean que la influencia mediática (agencia mediática) en los procesos judiciales no contradice o rivaliza para nada con la agencia penal, más bien la complementa, pues considera que los medios son una programada propaganda a favor del reforzamiento del poder y del control social verticalizado.

2.3.2. Juicios paralelos sobre asuntos de delincuencia no convencional (14)

Es de suma importancia distinguir entre delincuencia convencional y la no convencional a la hora de corroborar las características de los juicios paralelos que se hacen a través de los medios de comunicación, pues mientras los medios cierran filas en contra de los delincuentes comunes, no siempre sucede así con los delitos de cuello

blanco, en los cuales la posición del medio en particular será definida por los intereses y afinidades que tenga con la persona imputada que se trate.

Básicamente interesa aquí hablar de lo que se llamará *delincuencia de cuello blanco*. Este concepto fue acuñado por Edwin Sutherland, quien definió la **Delincuencia de Cuello Blanco** como la violación a la ley penal por parte de una persona de alto nivel socioeconómico en el desarrollo de una actividad profesional.

Se trata de “personas respetables”, lo que les permite tener mayor éxito para neutralizar las acciones legales de las víctimas; se trata de una tipología de la delincuencia económica. Algunas características:

1. Lesión a la confianza en el tráfico mercantil.
2. Comportamiento abusivo frente a la ingenuidad o ignorancia de las víctimas.
3. La planificación de la actividad delictiva le permite al autor o a la autora impedir o controlar su descubrimiento.

También se ha observado la denominada *delincuencia de cuello azul*; es una tipología de los delitos económicos, alude a los y las profesionales liberales (abogacía, contaduría, medicina, etc.) o bien profesionales obreros (de la mecánica, construcción, etc.). No se trata de personas de nivel socioeconómico alto y se puede definir como *delincuencia ocupacional*, pues se presenta en el contexto de actividades profesionales mercantiles. Se incluyen aquí acciones delictivas de corporaciones y actos de corrupción.

Desde el punto de vista criminológico, la *delincuencia económica* se define como: infracciones lesivas al orden económico, cometidas por personas que pertenecen a los estratos altos en el ejercicio de su actividad profesional. En razón del poder económico y político que manejan los y las delincuentes de cuello blanco, logra que terceras personas o personas subalternas sean los autores y las autoras materiales de los hechos delictivos, dificultando la persecución del que domina la acción (resulta útil utilizar la **teoría objetivo-subjetiva** o dominio del hecho para acreditar este tipo de acciones, pues se puede imputar tanto a quien ejecuta como al autor o autora mediata así como una mejor comprensión de la coautoría).

En este tipo de delincuencia, caben desde luego las personas acusadas pertenecientes a la clase política que en ocasiones son adineradas y, otras veces, se asocian con sectores acaudalados para cometer actos de corrupción, y logran con ello beneficios patrimoniales o ventajas para sí y para terceras personas.

Se ha observado que quienes tienen mayor posibilidad de construir un juicio paralelo en los medios de comunicación son las personas imputadas pertenecientes a la clase política. En estos casos, ha de indicarse que usualmente estos se producen como resultado de la cobertura mediática que los mass media realizan sobre casos sub júdice. No obstante, como lo indica Bouza Álvarez (2006):

(...) la presión sobre el poder judicial se ejerce desde frames (marcos o encuadres) políticos de la realidad, y responde a una dinámica de esa clase, política, en la que la permisividad enunciativa y narrativa (libertad de expresión política) desborda con frecuencia los presupuestos en que se funda la libertad de expresión en sentido jurídico estricto, mucho más allá de lo que se le permitiría al sujeto individual expresando opiniones individuales sobre cosas o personas. Pero la política permite esos excesos en la tradición democrática (...). (Bouza, 2006, p. 39).

En otras palabras, parece que quienes pertenecen a la clase política podrían, *per se*, (a diferencia de lo que ocurre con los particulares) generar su propio juicio paralelo para alcanzar un resultado conveniente ante los Tribunales de Justicia.

Sobre este mismo tópico, debe tenerse en cuenta que las políticas y los políticos sometidos a juicio son una suerte de ciudadanos y ciudadanas diferentes al resto de los y las habitantes, pues la máxima o premisa de la que parte la defensa de dichos personajes es *"Homo politicus delinquere non potest"*; es decir, siempre se alega en su defensa que se trata tan solo de conjuras políticas y judiciales, alegatos que se denuncian generalmente en los medios, mas no en los tribunales. Reclaman dentro del proceso el respeto al secreto del sumario. Sin embargo, ante los medios son quienes violentan tal deber y someten a plebiscito de la opinión pública el veredicto de inocencia que reclaman en una especie de democracia directa que sustituye a la decisión judicial (Bruti, 2001, p. 35).

En el caso costarricense, las anteriores consideraciones pudieron ser corroboradas empíricamente en el hecho inédito en la historia del país, montó su propio juicio paralelo favorable a sus intereses y su presencia en los medios fue más allá de la cobertura mediática que ya de por sí este tipo de figuras tienen, pues claramente se realizó todo tipo de actividades propagandísticas que denunciaba la existencia de una supuesta conspiración política en su contra. Se pusieron vallas publicitarias en carreteras, páginas web, anuncios televisivos con referencia a la etapa de conclusiones del juicio, campos pagados en la prensa escrita, cadenas nacionales de televisión, entre otros (15).

Cabe preguntarse si la independencia judicial podría estar condicionada en casos de juicios paralelos promovidos por personas imputadas poderosas, con suficiente poder político de decisión sobre el futuro profesional del juez o la jueza, o con influencia sobre los superiores administrativos de la persona juzgada. La respuesta parece ser afirmativa, pues la elección de los magistrados o magistradas de la Corte Suprema es eminentemente política y discrecional. Juicio del ex presidente Rafael Ángel Calderón Fournier, quien en un De esta manera podría pensarse que, en casos extremos, los jueces y juezas podrían verse presionados directa o indirectamente a la hora de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, al tener por un lado, la certeza de que si su decisión toca negativamente intereses vinculados al poder político, muy probablemente no tendrá éxito en sus aspiraciones de convertirse en magistrado o magistrada de la Corte Suprema.

Por otra parte, la estructura vertical de origen napoleónico que subsiste hasta nuestros días (16) implica una potencial amenaza sistémica que hace posible la intromisión directa o indirecta de los magistrados y magistradas en la forma en que deben resolver los jueces y las juezas de instancia. En Costa Rica el juez Omar Vargas Rojas (2007, p. 214-223) documenta al menos tres casos conocidos donde se constató tal intromisión.

2.3.3. Juicio paralelo que promueve la culpabilidad

A estas alturas, se está en condiciones de afirmar que cuando se realiza una cobertura mediática que pretende de manera implícita o bien de forma expresa un resultado condenatorio hacia ciertas personas imputadas, generalmente se trasgreden: el Principio de Inocencia (Derecho de Abstención, *In Dubio Pro Reo*), Derecho de Defensa, Principios de Imparcialidad e Independencia de los Jueces, por cuanto se presenta como culpable a la persona imputada y se trata de imponer este criterio sobre la base de la presión que el medio pueda imponer en la opinión pública. Desde luego, este propósito de los medios que se decantan por este proceder pasa por la vulneración del derecho al honor, la reputación, derecho a la imagen, derecho a la intimidad, entre otros, derivados todos de los derechos de la personalidad y particularmente del Principio de Dignidad de la Persona Humana.

2.3.4. Juicio paralelo que promueve la inocencia

En este punto, resulta de particular importancia determinar si la simple proclama de inocencia vertida por una persona imputada ante un medio de comunicación durante su enjuiciamiento puede implicar un elemento de juicio paralelo por los medios de comunicación. La respuesta es negativa, ya que lo que se hace es reafirmar un estatus predicable a todo ciudadano y ciudadana, sea el derecho fundamental a que se les considere inocentes hasta que se demuestre lo contrario (Latorre, 2002), siempre que a tal proclama no se adjunte una descalificación falaz del proceso o bien de las personas juzgadas o acusadoras.

Diferente será el caso donde las personas imputadas acompañen sus proclamas de inocencia con ataques falaces dirigidos contra los órganos de investigación y de ejercicio de la acción penal del Estado, y particularmente, en contra de los jueces y las juezas. La afectación que se produce aquí recae en la legitimidad institucional que, como poder supremo del Estado, representa el Poder Judicial, pues se pretende sembrar la duda en lo que se resuelve por el simple hecho de resultar contrario los intereses de la persona enjuiciada.

Claro está la imparcialidad y la independencia de las juezas y los jueces se ponen en entredicho, pues por un lado se ejerce presión sobre el sistema judicial para compelerlos a resolver favorablemente a las personas imputadas, en esta etapa generalmente los ataques hacia los jueces y juezas no son directos, sino que se hacen directamente sobre la Fiscalía (acusadores y acusadoras privadas también) y, en alguna medida, contra la Policía Judicial.

El mensaje consiste generalmente en argumentar que todo se debe a un montaje, a una conspiración, en fin la expresión de una serie de fines oscuros que no debe prohiar la persona juzgada. Sin embargo, generalmente estos alegatos no van más allá de ser ejercicios retóricos que se publicitan; pero nunca acaban de explicarse. También se busca anticipar una excusa, una justificación frente a una probable condena, el razonamiento sería básicamente *“no soy culpable, si me condenan será por razones injustas e ilegales, no porque haya tenido algo que ver en los hechos que se me endilgan”*.

Una vez que el juzgador o la juzgadora ha fallado, si el resultado ha sido adverso a la persona imputada, el ataque sí se vuelve directo sobre las juezas y los jueces, particularmente en el período que antecede a la confirmación o anulación del fallo; es decir, cuando este no ha alcanzado firmeza, generalmente en la fase de impugnación.

3. Elementos integrantes de los juicios paralelos por los medios de comunicación colectiva

Sobre los elementos y mecanismos de construcción de los juicios paralelos siguiendo al autor español Virgilio Latorre (2002, p. 108), debe indicarse que dentro de lo que llama la *Perversión de la Función Informativa/Formativa*, se destacan los siguientes mecanismos:

- * Pretensión de crear una corriente de opinión con fines más o menos inconfesables, a través de la **información sesgada**, perfectamente estructurada y tendente a obtener conclusiones aparentemente lógicas mediante la exposición del proceso deductivo; pero ocultando que la premisa mayor es falsa.
- * **Fragmentando la información** y, por lo tanto, **descontextualizándola**, construyendo a partir del impacto de la imagen, una credibilidad de la que carece, además de impedir la valoración en conjunto de los hechos, es decir, se evita que el lector y la lectora puedan contrastar y lograr una convicción crítica.

- * Partiendo de hechos reales o datos ciertos o documentos auténticos para a continuación con ese soporte, **introducir opinión y no información**, cuando da la apariencia de lo contrario.
- * Imponiendo **la regla de la sin-regla**, es decir, sin posibilitar la contradicción, la igualdad de oportunidades, el debate libre o, al contrario, interfiriendo, dirigiendo, excluyendo, etc. Esta tendencia es la más acusada.
- * **Trasladando el debate a una sede que no le es propia**, porque no contiene unas mínimas garantías, y supliendo una función democrática que cuestiona el propio sistema.
- * **Construcción de las espectacularizaciones**, conformación de las programaciones, selección de los hechos, contextualización o descontextualización, elección de los protagonistas, etc.

El autor argentino, Claudio R. Puccinelli (2005: p. 83), refiriéndose a los mecanismos de desinformación, hace una cita obligatoria de un señero artículo publicado por el gran escritor, poeta y periodista Mario Benedetti, en el periódico "El País" en 1988, donde advierte magistralmente sobre esos peligros y señala:

(...) existe una amplia serie de variantes desinformativas, a saber: a) informar lo contrario de lo acaecido. Este matiz es tan burdo que casi no se usa, al menos en los periódicos de las grandes ciudades, pues se corre el riesgo de quedar en ridículo si otro órgano de prensa (no necesariamente más honesto, sino más sutil o hábil), pone en evidencia esa inexactitud. b) Informar solo una parte de lo sucedido. Desde el punto de vista de la voluntad desinformadota, tiene la ventaja de que lo transcrito ha ocurrido efectivamente y el lector no tiene por qué saber que la porción omitida podría dar a la noticia un significado exactamente opuesto al que se pretende de la parte publicada. c) Suprimir una parte importante de una cita, de modo que lo transcrito sugiera algo sustancialmente distinto a lo que ha expresado el personaje de marras(...) d) Aislar una cita de su contexto. e) Distorsionar un hecho acaecido manteniendo una parte de verdad. f) Título inexacto o tendencioso para una noticia verazmente transcripta. g) Uso tendencioso o descalificador del adjetivo o las comillas (...) h) Simulación de estilo objetivo. i) Desequilibrar los datos con determinada intención política(...) j) Borrar (o por lo menos empañar) la historia.

Lo indicado por Benedetti resulta de gran actualidad, pues en los últimos años, merced a la concentración de los medios en pocas manos, no existe tanta pluralidad como para no atreverse a usar algunas de las técnicas que el escritor estimaba burdas.

Más allá de lo señalado por Benedetti, Perfecto Andrés Ibáñez (2005, p. 173) nos alerta sobre lo que denomina "pena de banquillo" y su relación con el uso de las técnicas antes mencionadas:

En muchas ocasiones la publicidad de la noticia criminis es para el afectado bastante más gravosa que la eventual sentencia condenatoria. Sobre todo, como ocurre con harta frecuencia, aquélla resulta tratada con particular desenvoltura, como si la mera adjetivación de presunto en la atribución de la calidad de autor de los hechos pudiera eximir al informador de toda otra responsabilidad. Así, la prensa tiene a su alcance la posibilidad de imponer verdaderas penas privativas o anticipadas, que, no obstante, alcanzan inmediata firmeza, pues difícilmente admiten recurso, lo que las hace prácticamente inapelables e irreversibles. Pues en el mejor de los casos, incluso de mediar una absolción, siempre hay algo que queda en la memoria social, con daño irreparable para el concernido. (Lo remarcado no es del original).

Sobre el extendido uso de la adjetivación “presunto”, previo a la atribución de culpabilidad, el juez Omar Vargas (2008: p. 6) indica: *“También es contraria a la Constitución la práctica periodística de hablar de presuntos culpables (...). La razón estriba en el hecho de que por esa vía, se invierte la carga de la prueba y se pone a la persona en situación de demostrar su inocencia (...).* De esta manera, tal fórmula no es inocua y no es eximiendo para el o la periodista.

En cuanto a los efectos de la sentencia mediática, el autor argentino Esteban Rodríguez (2000, p. 488) indica que existen dos momentos de aparición, el primero se presenta con el comienzo del proceso, durante el proceso de delación, cuando el medio inicia el caso que luego será un asunto judicial, o cuando cubre un proceso penal que ya iniciado se vuelve de interés para el medio y, por ende, para la opinión pública. Aquí se produce una suerte de sentencia prefigurada ante la opinión pública.

En un segundo momento, la sentencia mediática se da a partir de la sentencia judicial que, en un contexto de teatralización de los hechos que se han cubierto por la prensa durante la causa, viene a caracterizar al fallo judicial como una especie de anecdotario que reúne todos los elementos, hechos y circunstancias que han aparecido en los medios.

Más allá de la copiosa argumentación teórica que se pueda hacer respecto a este tema, existe en nuestro país un estudio realizado por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) denominado *“Monitoreo Anual sobre Independencia Judicial y Asociacionismo en Costa Rica, realizado en el marco de la Red de Jueces, Fiscales y Defensores por la Democratización de la Justicia en Centroamérica”*, el cual se verificó entre enero del 2002 y febrero del 2003, donde, como parte de la investigación desarrollada, se realizó una encuesta a personas funcionarias judiciales, con una muestra estadística de cincuenta defensores y defensoras públicas, cincuenta fiscales y fiscalas y cincuenta jueces y juezas, la cual evidenció los resultados que se dirán en cuanto a la injerencia de los grupos de poder sobre el proceso penal (citado por Vargas, 2008, p. 10).

Según la encuesta aplicada, el grupo que ejerce mayor presión a los diversos funcionarios y funcionarias del Poder Judicial, es constituido en orden descendiente por la prensa, el Gobierno, el Poder legislativo, grupos económicos y los partidos políticos.

Dentro del conjunto de funcionarios, las defensoras y los defensores públicos son los que perciben una mayor afectación de la prensa nacional. Para un 68% de las defensoras y los defensores entrevistados, existe algún grado de injerencia que varía desde poca, regular y mucha. Esta percepción es seguida por los fiscales y las fiscalas, donde un 66 % percibe esa injerencia. Respecto a los jueces y juezas, un 60% también da cuenta de alguna injerencia de parte de la prensa.

Según lo anterior, existe un referente empírico de gran importancia como indicador respecto a que la influencia de los medios es percibida como una amenaza por parte de los operadores judiciales, y es claro que dentro de esta percepción se inscriben los juicios paralelos por los medios de comunicación.

4. A modo de conclusión

En el marco de la sociedad del conocimiento en la que vivimos, resulta difícil pensar en la erradicación de los juicios paralelos por los medios de comunicación colectiva. No obstante, se podría aspirar a la reducción de sus efectos sobre la ciudadanía, así como sobre el Poder Judicial y la legitimidad de su función jurisdiccional, a partir de los siguientes elementos:

- * Diseñar y poner en marcha estrategias educativas dirigidas al gremio de los y las periodistas así como hacia los y las intervinientes del proceso penal (la Judicatura, la Defensa, la Fiscalía, las y los litigantes, entre otros), las cuales formen a las personas comunicadoras y juristas acerca de los alcances de los derechos fundamentales que deben estar en equilibrio, sean el derecho a la información y las garantías sustanciales y procesales vigentes en la jurisdicción penal.
- * Diseñar estrategias de orden didáctico por parte del Estado, dirigidas a orientar y concienciar a la ciudadanía sobre los alcances y la lógica del proceso penal, de manera que se entienda con claridad el porqué de las decisiones jurisdiccionales y la necesidad de depositar confianza en el sistema judicial como única forma de dirimir los conflictos en el contexto de un Estado social y democrático de derecho, más allá de las posiciones que puedan tener sectores de la prensa sobre los casos sometidos a proceso penal (Borrero 2000, p. 187).
- * Implementar reformas legales que tiendan a fortalecer el rango de protección de garantías tales como el Principio de Inocencia, contenido en el numeral 9 del Código Procesal Penal (17), haciendo expresa hacia la prensa y terceras personas la prohibición contenida en el párrafo 2º del citado artículo, de manera que los medios de comunicación no puedan presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en ese sentido, antes de que sea declarado responsable en una sentencia firme. De *lege ferenda* se rescatan importantes ejemplos dignos de seguir, como el caso de la legislación francesa, Ley de *Protección a la Presunción de Inocencia y los Derechos de las Víctimas* (18) que establece sanciones a la violación de la Principio de Inocencia, particularmente a quien difunde la imagen de personas detenidas y esposadas, publique sondeos de opinión sobre la culpabilidad de las personas acusadas o se les presente como culpables ante la opinión pública; o bien el *Código de Prensa Alemán* de 1996 que prohíbe la difusión de noticias que impliquen prejuzgar u opinar antes y durante el proceso sobre la inocencia o culpabilidad de las personas (Llobet, 2006, p. 77), o bien la normativa alemana que exige a los medios que han dado cobertura sobre procesos penales, informar a la colectividad cuando la persona acusada ha sido absuelta o bien sobreseída (Llobet, 2006, p. 77).
- * Implementar pautas deontológicas así como fomentar la autorregulación de los medios, lo cual implica el compromiso voluntario de los tres sujetos involucrados en la comunicación, a saber: las personas propietarias y las gestoras de las empresas de comunicación, así como los y profesionales y el público que recibe la información. Es decir, permitiendo un nivel de regulación desde la Sociedad Civil, cuya capacidad coercitiva descansa en las exigencias de la opinión pública. A modo de ejemplo, en Europa la iniciativa de regulación ha tenido su génesis en el propio gremio periodístico, por ejemplo la propuesta del **Código Europeo de Deontología del Periodismo** aprobado en 1993 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en cuyo punto 22 afirma que “[...] las informaciones y opiniones deben respetar la presunción de inocencia, principalmente en los temas que permanecen sub judice, excluyendo establecer juicios paralelos” (Borrero, 2001).
- * Por último, debería el Colegio de Abogados y Abogadas debería actuar con firmeza ante las faltas éticas de las y los profesionales en Derecho que “litigan por la prensa”, pues esta conducta es prohibida en el *Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho* (19). No obstante, ha existido mucha permisividad en este sentido.

- (1) Las consideraciones de Bobbio se pueden expresar también por medio de la dicotomía transparencia/invisibilidad en el sistema de gobierno: “Mientras el principado –en el sentido clásico de la palabra-, la monarquía de derecho divino, las diversas formas de despotismo, exigen la invisibilidad del poder y de diversas maneras las justifican, la república democrática –res publica no sólo en el sentido propio de la palabra, sino también en el sentido de expuesta al público- exige que el poder sea visible. El lugar donde se ejerce el poder en toda forma de república es la asamblea de ciudadanos (democracia directa) donde el proceso de decisiones es *in re ipsa* (de por sí) público [...]”. (Bobbio 1989, p. 36)
- (2) Una formulación bastante similar fue adoptada en el artículo 19 **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**:
1. *Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*
 2. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección...*
- En igual sentido, se incluyó en la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** en su artículo 13, Libertad de Pensamiento y de Expresión:
1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección [...].*
- (3) La Libertad de Expresión, al alero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, se desarrolla en dos planos:
- (...) en los términos del artículo 13 de la convención... interpretado por la Corte Interamericana, la libertad de expresión se analiza en dos dimensiones, que se reclaman y sustentan mutuamente. Por una parte existe la llamada dimensión individual, que asegura la posibilidad de utilizar cualquier medio idóneo para difundir el pensamiento propio y llevarlo al conocimiento de los demás. Los receptores potenciales o actuales del mensaje tienen, a su vez, el derecho de recibirlo: derecho que concreta la dimensión social de la libertad de expresión. Ambas dimensiones deben ser protegidas simultáneamente. Cada una adquiere sentido y plenitud en función de la otra (...) lo remarcado no es del original) (García y Gonza 2007, p. 18).*
- (4) Sobre el requisito de **veracidad**, la jurisprudencia constitucional española ha manifestado lo siguiente:
- ...(Cuando la Constitución requiere que la información sea veraz, no está tanto privando la protección a las informaciones que puedan resultar erróneas –o sencillamente no probadas en juicio- cuando estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derechos de todos a la información, actúe con menosprecio a la veracidad o falsedad de lo comunicado (...) (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 6/1988 del 21 de enero). (Citada por Vallés Copeiro del Villar, 2005).*
- (5) El autor mexicano José Alberto Saíd Ramírez, citando al Dr. Jorge Carpizo Mc Gregor, señala que los medios de comunicación colectiva en lo interno no guardan relación con el sistema democrático: *(...) Los medios compiten con las iglesias en poseer una estructura piramidal, rígida y jerarquizada en la cual la voluntad de quienes participan en el medio es casi nula. El dueño del medio ordena al director, éste al editor quien a su vez instruye al jefe de información y al de redacción, y estos a los reporteros, redactores, fotógrafos y columnistas.*

A veces se suelen respetar a los editorialistas si gozan de gran prestigio y constituyen un haber para el medio, además de que pudiera otorgar a éste un matiz de pluralismo (...).

- (6) El jurista español Perfecto Andrés Ibáñez sobre este particular indica: (...) *Lo que este nuevo poder macro-empresarial produce de forma masiva no suele ser información dirigida a estimular el desarrollo cultural y el crecimiento democrático, apta para contribuir a la construcción de esa esfera pública, sino un flujo de datos de consumo inmediato, con la mayor frecuencia ajenos a esta perspectiva, que conforman un público, al expresivo decir de SCARELLI, "lleno de noticias y pobre en conocimiento, adicto y cansado, olvidadizo y distraído". Así, el resultado es que la noticia puede llegar a cumplir, incluso, y de nuevo paradójicamente, una función de encubrimiento muy parecida al secreto: impedir el análisis instruido de aquello que es su objeto (...).*
- (7) El Código de Ética de los y las Periodistas de Costa Rica, aprobado en Asamblea General Extraordinaria del 19 de junio de 2003, en su artículo 6 establece: *En el ejercicio de su profesión, las y los miembros del Colegio de Periodistas de Costa Rica deben, como tarea primordial, hacer realidad el derecho a una información verídica y auténtica. De tal forma que el público reciba con objetividad, y lejos de cualquier tipo de distorsión, un exacto desarrollo de los hechos y actos a informar. Para ello, deben estar capacitados (as) académica y profesionalmente para informar, señalando el contexto adecuado en que se desarrollan los acontecimientos, y así procurar que los procesos y situaciones sean comprendidos de manera integral y en forma objetiva. (Lo resaltado no es del original).*
- (8) Tales como: Presunción de Inocencia, Derecho de Defensa, Debido Proceso, Derecho de Intimidad, Derecho al Honor y Reputación, Derecho a la Imagen, Principio de Imparcialidad e Independencia de los Juzgadores, Legitimidad democrática del Poder Judicial frente a la ciudadanía, entre otras.
- (9) Resolución n.º 7548-2008 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- (10) http://www.nacion.com/ln_ee/2006/julio/12/opinion2.html. Consultado el 10 de noviembre del 2008.
- (11) http://www.nacion.com/ln_ee/2006/julio/15/opinion7.html. Consultado el 10 de noviembre del 2008.
- (12) http://www.nacion.com/ln_ee/2006/julio/30/opinion4.html. Consultado el 10 de noviembre del 2008.
- (13) Artículo 295 CPP: Privacidad de las Actuaciones
El procedimiento preparatorio no será público para terceros. Las actuaciones sólo podrán ser examinadas por las partes, directamente o por medio de sus representantes.
Los abogados que invoquen un interés legítimo serán informados por el Ministerio Público sobre el hecho que se investiga y sobre los imputados o detenidos que existan, con el fin de que decidan si aceptan participar en el caso.
Las partes, los funcionarios que participen de la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tengan conocimiento de las actuaciones cumplidas, tendrán la obligación de guardar secreto. El incumplimiento de esta obligación será considerado falta grave. (Código Procesal Penal).
- (14) Se utiliza en este acápite la clasificación dada por CRUZ CASTRO, F. 1994.
- (15) Sobre la presencia mediática del imputado Rafael Ángel Calderón Fournier pueden mencionarse los siguientes ejemplos: **entrevistas televisivas internacionales** (CARMEN ARISTEGUI 1 PARTE: <http://www.youtube.com/watch?v=eB3wyxlcSuo> / Consultada el 25 de agosto de 2009. CARMEN ARISTEGUI 2 PARTE:

<http://www.youtube.com/watch?v=ovamtp9UF5o>): / Consultada el 25 de agosto de 2009.); **entrevistas televisivas en televisión nacional** (http://www.youtube.com/watch?v=6Vvn_dp5aFc / Consultada el 25 de agosto del 2009.) **cadena nacional de televisión de previo al juicio** (<http://www.youtube.com/watch?v=dOY2YsmGJUK> / Consultada el 25 de agosto de 2009); **entrevistas por la radio** (<http://www.youtube.com/watch?v=T1pS4g0Pv40> / Consultada el 25 de agosto de 2009.); **entrevistas en diarios de circulación nacional** (Diario Extra, 3 de noviembre de 2008 bajo el título: “VOY TRANQUILO AL JUICIO, EL QUE NADA DEBE NADA TEME” / Ex presidente Rafael Ángel Calderón Fournier.); **páginas web** (:www.amigosderafaelangel.org ; www.calderon-inocente.org ; www.informese.org); **campos pagados en prensa escrita** (“LA CONSPIRACIÓN CONTRA CALDERÓN” publicado en página 5, Diario Extra, 27 de abril de 2009 / “LA INOCENCIA DE CALDERÓN SE PRUEBA CON HECHOS”, publicado en la página 7 del Diario Extra, 28 de agosto del 2009); entre otros. Para ampliar sobre el tema ver: Porter 2009.

- (16) En nuestro medio, juristas renombrados como el Dr. Fernando Cruz Castro (2003, p. 89) sostienen que el modelo vertical y de concentración de poder en la cúpula, ampliamente difundido en América Latina, de herencia napoleónica, no guarda relación con un Estado social y democrático de derecho al que se pretende aspirar, al punto que, Eugenio Raúl Zaffaroni (1994, p. 149) ubica la evolución del modelo judicial costarricense en la categoría de “Empírico Primitivo”, dadas las características de gran verticalización y nombramientos en la cúpula de mera decisión política. La independencia interna sólo se verá fortalecida con el abandono del esquema vertical bonapartista y la adopción de una estructura judicial horizontal, donde se reconozca igual dignidad a los jueces y cuya única diferencia radique en las diferentes competencias (Zaffaroni, 1994). Esto quiere decir que las facultades de gobierno judicial no tienen que ver con nombramientos y régimen disciplinario, así como una remuneración idéntica para todas las categorías de juez y la inamovilidad en el cargo (Cruz, 2003).
- (17) Artículo 9 del Código Procesal Penal.- Estado de inocencia
El imputado deberá ser considerado inocente en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código. En caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado.
Hasta la declaratoria de culpabilidad, ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en ese sentido.
En los casos del ausente y del rebelde, se admitirá la publicación de los datos indispensables para su aprehensión por orden judicial. (lo resaltado no es del original).
- (18) Ley N.º 2000-516 del 15 de junio de 2000, denominada Ley de Protección a la Presunción de Inocencia y los Derechos de las Víctimas. República Francesa.
- (19) El Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho, el cual en su artículo 64 establece: “El abogado y la abogada no deberán comunicar ni facilitar la divulgación de noticias, comentarios u opiniones vinculados a asuntos pendientes en que intervengan en Tribunales de cualquier naturaleza. Deberán evitar cualquier ponderación de sí mismos y crítica de la contraparte, su abogado y de los tribunales, y les está prohibido referirse en cualquier forma a asuntos judiciales pendientes. Deberán abstenerse de publicar escritos judiciales o las discusiones mantenidas en relación con los mismos asuntos, ni pieza alguna del expediente. Concluido el proceso, podrán publicar en forma ponderada y respetuosa sus escritos y las sentencias y dictámenes del expediente, pero no los escritos del adversario sin autorización. Los comentarios deberán ser respetuosos y ecuanímes”. (Lo resaltado no es del original).

Bibliografía

- * Andrés Ibañez, P. (2005). *Proceso Penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?*. En: Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. MAIER. Buenos Aires, Argentina: Editorial Del Puerto.
- * Bobbio, N. (1989). *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica FCE.
- * Borrero Ortega, A. (2001). Juicios Paralelos y Constitución: su relación con el periodismo. En: *Revista Ámbitos*. N.º 6, Madrid, España, primer semestre.
- * Bruti Liberati, E. (2001). *Proceso Penal y Medios de Comunicación. La Experiencia Italiana*. en: Folguera Crespo, J. Á. (Coordinador) et ál. *Poder Judicial y Medio de Comunicación*. Madrid, España: Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial n.º 39-2001.
- * Bouza Álvarez, F. (2006). *La Influencia de los Medios en la Formación de la Opinión Pública: Los Procesos Jurídicos y Los Juicios Paralelos*. En: Fresneda Plaza, F.(director) et ál. *Justicia y Medio de Comunicación*. Madrid, España: Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial XVI-2006.
- * Bustos Ramírez, J. (1983). Los Medios de Comunicación de Masas. En: Bergalli, R. et ál. *Pensamiento Criminológico II. Estado y Control*. Barcelona, España: Ediciones Península, Homo Sociologicus N.º 28.
- * Carbonell Mateu, J. C. (2000). *Las Libertades de Información y Expresión como Objetos de Tutela y como Límites a la Actuación del Derecho Penal. En Libertad de Expresión y Derecho al honor: límites mutuos*. Madrid, España: Cuadernos Jurídicos N.º 21 Consejo General del Poder Judicial.
- Castro Mora, S. (2005). *La Incidencia de los Juicios Paralelos en el Principio de Inocencia*. Tesis, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho.
- * Charon, J. M. (2002). *Justicia y Medios de Comunicación: ¿deriva o control de una institución democrática?* En: VIDAL BENEYTO, J. et ál. *La Ventana Global: Ciberespacio, Esfera Pública Mundial y Universo Mediático*. Madrid, España: Santillana Ediciones Generales S.L.
- * Cruz Castro, F. 1994. "Discriminación e Ineficiencia en la Persecución del Delito Económico: la inevitable perversión del sistema penal". En: Revista de Ciencias Penales N.º 9 Noviembre 1994. San José, Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales.
- * Ferrajoli, L. 2005. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, España: Editorial Trotta, 5º edición.
- * Cruz Castro, F. (2003). La Reforma del Poder Judicial. La Supervivencia de un Ideario Autoritario. En *Revista de Ciencias Jurídicas*. N.º 100 enero-abril 2003. San José, Costa Rica: Editorial Universitaria UCR.
- * García Ramírez, S. y GONZA, A. (2007). *La Libertad de Expresión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Ediciones CIDH.
- * Hernández García, J. (2001). *Justicia Penal y Medios de Comunicación: los Juicios Paralelos*. En: Picó I. Junoy, J. et al. "Problemas Actuales de la Justicia Penal". Barcelona, España: J.M. Bosch Editor.
- * Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) 2002-2003. *Monitoreo Anual sobre*

- * Junes Peces, Á. (2006). *Los Juicios Paralelos. El Derecho a un Proceso Justo. Doctrina Jurisprudencial en relación con esta Materia. Conclusiones y Juicio Crítico en Relación con las Cuestiones Analizadas. En: Fresneda Plaza, F. (director) et ál. Justicia y Medio de Comunicación.* Madrid, España: Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial XVI-2006.
- * Latorre Latorre, V. (2002). *Función Jurisdiccional y Juicios Paralelos.* Madrid, España: Ediciones Civitas S.L.
- * Llobet Rodríguez, J. (2006). *Código Procesal Penal Comentado.* San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- * Porter Aguilar, R. (2009). *Impacto de los Juicios Paralelos por los Medios de Comunicación en el Proceso Penal Costarricense. Análisis de dos casos (C.C.S.S.-FISCHEL y homicidio de la niña JOSEBETH RETANA ROJAS).* Tesis Universidad Nacional de Costa Rica, Escuela de Sociología, Maestría en Administración de Justicia.
- * Puccinelli, C. R. (2005). *Influencia de los Medios de Comunicación.* Rosario, Argentina: Editorial Juris.
- * Rodríguez, E. (2000). *Justicia Mediática. La Administración de Justicia en los Medios Masivos de Comunicación. Las Formas del Espectáculo.* Bueno Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc S.R.L.
- * Sáenz Zumbado, L. (1999). Derecho a la Información y la cobertura de los Procesos Penales. *Revista de Ciencias Penales.* N.º 16, mayo-1999. San José, Costa Rica: Asociación de Ciencias Penales.
- * Saíd Rodríguez, J. A. (2008). Medios de Comunicación y Procuración e Implantación de Justicia. En *Revista Trilogía.* N.º 7 (Derecho, Economía y Filosofía) agosto-noviembre 2008. México.
- * Sandoval Huertas, E. (1996). *Penología: Partes General y Parte Especial.* Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Ibáñez, Bogotá.
- * Vargas Rojas, O. (2007). *La Independencia del Juez en Costa Rica.* Tesis, Universidad Estatal a Distancia. Doctorado en Derecho.
- _____. (2008). Los Juicios Paralelos y el Derecho al Juez Imparcial. En *Observatorio Judicial.* Volumen 80, año 5 Noviembre 2008. San José, Costa Rica: Poder Judicial.
- * <http://sjoint01/prensa/observatoriojudicial/vol80/comentarios/cm01.htm>. Consultado el 20 de agosto de 2009.
- * Vallés Coperiro Del Villar, A. (2005). *Curso de Derecho de la Comunicación Social.* Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.
- * Villalobos Quirós, E. (1997). *El Derecho a la Información.* San José, Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia.
- * Zaffaroni, E. R. (1989). *En Busca de las Penas Perdidas.* Buenos Aires, Argentina: EDIAR S.A.
- _____. (1994). *Estructuras Judiciales.* Buenos Aires, Argentina: EDIAR S.A.

REFLEXIONES SOBRE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: LIBERTAD DE EXPRESIÓN LIBERTAD DE PENSAMIENTO

Laura Soley Gutiérrez¹

Primera parte

De la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos

La normativa internacional y las Constituciones modernas sitúan en una posición privilegiada –entre los derechos fundamentales– a la libertad de expresión, la que se considera una de las libertades esenciales, así como una de las condiciones indispensables para el desarrollo de la persona humana en una sociedad democrática. Innegable es la proposición de que el ser humano es un ser social que necesita, por ello, comunicarse con sus pares. Hablando se realiza y se entiende la gente. La expresión es la manera que encuentran las personas para dar a conocer una idea, transmitir una información, alcanzar acuerdos con las demás personas o, simplemente, darse a entender.

La especial protección a la libertad de expresión responde a la concepción democrática de la libertad y la dignidad de la persona individual así como de la concepción democrática del poder que surge del espíritu filosófico del siglo XVIII que marca el final en Francia de “l’Ancien Régime” y se hace explícito en el artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), según el cual:

La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; en consecuencia, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, a trueque de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.

A partir de la Declaración de 1789, se gesta a nivel colectivo un consenso en la sociedad internacional sobre la preeminencia de la libertad de expresión que se erige como pilar fundamental de donde emanan las demás libertades públicas en una sociedad democrática. El reconocimiento de la libertad de expresión como elemento intrínseco de las democracias pluralistas y del Estado de derecho se refleja en plenitud en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) del 10 de diciembre de 1948 que, en su artículo 19, indica que

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

En 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)-adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas- establece una definición similar de la libertad de expresión que contiene la DUDH y añade que el ejercicio de esta libertad entraña deberes y responsabilidades especiales; por consiguiente, podrá verse sujeto a ciertas restricciones que, en todo caso, deben estar expresamente fijadas por la ley y deben ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

1.. Letrada de la Sala Constitucional

En similar sentido que en los textos comentados, pero añadiendo expresamente la prohibición total de la censura previa, se enuncia la libertad de pensamiento, información y de expresión en el primer párrafo del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante La Convención Americana o La Convención) –suscrita en la ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969–, como el derecho que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. Se añade al enunciado la prohibición tajante y expresa de la censura previa –entendida esta como la limitación por parte del Estado, a través de cualquiera de sus órganos, del ejercicio en el futuro de la libertad de expresión–, quedando reducidas al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas que están sujetas únicamente a responsabilidades ulteriores en los supuestos expresamente fijados en la ley y de manera restringida, cuando fueren necesaria para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas².

En este contexto, se consagra la libertad de expresión como derecho humano en el sistema interamericano y se afincan los estándares en que se fundamentan las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana o la Corte) y que permiten orientar la promoción y garantizar la libertad de expresión que se erige (Gema Rosado, 2008, p. 1908):

[...] en condición necesaria, imprescindible, sin aequa non, para enriquecer (desde el punto de vista individual) la formación de la opinión, y para estructurar (desde una perspectiva funcional, institucional), el sistema social y político, el orden democrático, en cuanto pilar del mismo y libertad presupuesto para el ejercicio de otros derechos fundamentales y libertades públicas, destacadamente los derechos de participación política en general, y el de sufragio en particular, habida cuenta la imbricación de estos derechos con el propio Estado democrático, desde su estructura, a su mantenimiento, funcionamiento y consolidación.

Las dos dimensiones (individual y social) de la libertad de expresión reconocidas en el sistema interamericano. En materia de libertad de expresión y libertad de información, la Convención Americana plantea una redacción sumamente garantista, tendiente a reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas y de la información. Veda la censura previa de modo expreso con una única excepción expresa contenida en el artículo 13.4 que se refiere a la posibilidad de los Estados de ejercer control preventivo al ejercicio de la libertad de expresión en relación con los espectáculos públicos, con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de las personas menores de edad y una segunda excepción que se entiende de la redacción del artículo 27 del Pacto de San José que permite –en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte–, la suspensión temporal de ciertas garantías salvo las que están en la lista de los derechos inderogables del artículo 27.2 de la Convención.

-
2. El principio 5 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, de la Comisión Interamericana enuncia la prohibición de la censura previa en las dimensiones de la libertad de expresión y libertad de información, quedando vedada cualquier intromisión en relación con cualquier expresión así como en relación con la circulación de la información. Dispone en su texto: “5 La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión”. En: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos13.htm>

Al no incluirse la libertad de expresión en este elenco de derechos inderogables contenidos en el punto 2 del artículo 27 de la Convención, se ha entendido que puede suspenderse la libertad de expresión, de modo temporal y en las circunstancias que indica el numeral 27 citado. La legitimidad de la suspensión de la libertad de expresión y de la libertad de información dependerá entonces del carácter, la intensidad y el particular contexto de la guerra, peligro público o situación de emergencia que amenacen la independencia o la seguridad del Estado parte, así como del examen de proporcionalidad de la medida restrictiva que veremos en la subsección siguiente.

La Corte, a través de su jurisprudencia y, en especial, por medio de la opinión consultiva OC-5/85 del 13 de Noviembre de 1985 –en que más allá del tema consultado desarrolló las pautas y el marco de interpretación de la libertad de expresión que propone la Convención en su artículo 13– deja muy claro en su redacción que lo que se protege y garantiza es simultáneamente la libertad de expresión en sus dos dimensiones individual y social, lo que quiere señalar que, en su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de personas destinatarias.

La Corte explica en esa sentencia que, en su dimensión social, la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Esta perspectiva de la doble dimensión de la libertad de expresión garantiza fuertemente esta libertad en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en el tanto declara el carácter indivisible de la libertad de expresión y la difusión del pensamiento y de la información, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente y, en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente³.

La posición que asume la Corte tutela la libertad de expresión, pero sobre todo fortalece la libertad de la información, pues orienta a los Estados a garantizar plenamente el ejercicio de este derecho mediante la adopción de leyes que permitan el acceso a la información, así como también orienta la decisión de las

3. CIDH sentencia del 31 de agosto de 2004. Caso Ricardo Canese vs Paraguay “77. La Corte ha señalado anteriormente, con respecto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber:
[...] ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

personas juzgadoras en esta materia⁴; paso indispensable para hacer efectivo el respeto de esta libertad y mejorar las democracias en el continente americano⁵.

Reglas de Interpretación. La identificación de los contornos y límites de la libertad de expresión y de la libertad de información, amparada en la Convención, es necesaria para desentrañar el contenido sustancial de ese derecho y definir el ámbito necesario de conducta que el derecho protege y cuya trasgresión arriesgaría desnaturalizarlo. Tal precisión del núcleo esencial de estas libertades puede resultar útil para evitar que se obstruya el derecho fundamental más allá de sus fronteras y con ello evitar también a la persona legisladora, el riesgo de trasladar estas libertades de su privilegiada posición suprema y estable, a la dañosa pendiente de la ponderación con otros intereses protegidos.

-
4. En el mismo sentido que asegura la Corte Interamericana, en sentencia 2002-03074 de abril del 2002, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica define la libertad de información como: “III [...] uno de los derechos del ser humano y está referido a una libertad pública individual cuyo respeto debe ser propiciado por el propio Estado. Este derecho, es a la vez, un derecho social cuya tutela, ejercicio y respeto se hace indispensable para que el ciudadano tome parte activa en las tareas públicas y pueda así participar en la toma de decisiones que afectan a la colectividad. En ese sentido, es un derecho humano inalienable e indispensable en la medida en que se parte de que información significa participación. De esta manera, si la información es requisito para que el ciudadano individualmente considerado adopte decisiones, informar, a la vez, es promover la participación ciudadana. El derecho de la información distingue tres facultades esenciales de quienes lo ejercen: la facultad de recibir, la facultad de investigar y la facultad de difundir informaciones. La facultad de recibir información se refiere principalmente a la obtención, recepción y difusión de noticias o informaciones, las cuales deben referirse a hechos con trascendencia pública y ser conformes con la realidad, asequible por igual a todos, debiendo referirse a hechos relevantes cuyo conocimiento esté dirigido a formar opinión y a fomentar la participación del ciudadano, siendo requisito esencial que la información sea completa y veraz. La segunda facultad se refiere a la posibilidad de investigación, es decir, al libre y directo acceso a las fuentes de información. Por último está la facultad de difundir, que se trata del derecho del ciudadano a la libre difusión de opiniones e informaciones; facultad que sólo puede ejecutarse en sentido positivo pues no se contempla la posibilidad de “no difundir” informaciones o noticias. Ahora bien, el derecho a la información como tal, está compuesto por dos vertientes o dimensiones: una activa que permite la comunicación de informaciones y otra pasiva que se refiere al derecho de todo individuo o persona, sin ningún tipo de discriminación, a recibir información; información que, en todo caso, deberá ser veraz y que puede ser transmitida por cualquier medio de difusión [...] IV [...], tiene un carácter preferente al considerarse que garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre; garantía que reviste una especial trascendencia ya que, de ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de manera responsable en los asuntos públicos, ha de ser informado ampliamente de modo que pueda formar opiniones, incluso contrapuestas, y participar responsablemente en los asuntos públicos. Desde esta perspectiva, el derecho a la información no sólo protege un interés individual sino que entraña el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, cual es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político y por ende, de naturaleza colectiva. En ese sentido, la opinión pública libre es contraria a la manipulación de la información, con lo cual, el ciudadano tiene el derecho a recibir y seleccionar las informaciones y opiniones que desee pues en el momento en que cualquiera de las informaciones existentes o posibles desaparece, cualquiera que sea el agente o la causa de la desaparición, está sufriendo una limitación al derecho a optar como forma de ejercitar el derecho de recibir. El derecho a ser informado es público por cuanto exige la intervención del Estado y es un derecho subjetivo por cuanto supone un poder jurídico, susceptible de ser institucionalizado y regulado por el ordenamiento jurídico para la satisfacción de fines o intereses de carácter social, basados en la naturaleza misma de la persona humana y en la organización de la sociedad. A su vez, existe un deber de los entes públicos a facilitar la información y para ello, deberán dar facilidades y eliminar los obstáculos existentes. Los profesionales de la información son intermediarios entre los entes públicos y los destinatarios de la información y por ende, tienen igualmente el derecho a obtener información y el deber de transmitirla lo más fielmente posible. El objeto del derecho a la información es la noticia y por tal se ha de entender aquellos hechos verdaderos que puedan encerrar una trascendencia pública”.
 5. Alfredo Chirino comenta que la inclusión de la garantía de acceso a la información en el contexto de la libertad de expresión constituye una de las relaciones más productivas que puede derivarse del texto del artículo 13 de la Convención Americana, y quizá la más importante de cara a una sociedad de la información, como lo es la del siglo XXI. (Chirino Sánchez A., 2005, p. 183).

Para lograr determinar el núcleo del derecho que se protege, es necesario referirse a las reglas o pautas de interpretación avaladas por la Corte, como intérprete de la Convención y que garantizan el respeto del contenido esencial del derecho en tanto su observancia evita el peligro de relativizar estas libertades y terminar en excepciones cada vez más desproporcionadas en relación con la libertad fundamental que se sacrifica.

A. De la regla hermenéutica de favorabilidad o interpretación restrictiva. Para esclarecer el contenido esencial de la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención, es necesario remitirse a los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante la Corte, como órgano autorizado para interpretar la Convención. Un primer paso será analizar las pautas de interpretación de la libertad de expresión y de la información en relación con las que la Corte –en Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985–, ha dejado claro que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimum las restricciones a la libre circulación de las ideas, lo que supone una regla hermenéutica de favorabilidad⁶. En esa línea, indica que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados y que, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana (punto 52 OC-5/85)⁷.

En segundo lugar, es importante comentar que la Corte opta por citar qué es lesivo de la libertad de expresión mediante la enumeración de una serie de hipótesis que califica de más graves o de violación radical a la libertad de expresión en su doble dimensión: entendido como el derecho de cada persona a expresarse, como del derecho de todos a estar bien informados. Dentro del catálogo de violaciones más graves o radicales, la Corte señala (punto 54 OC-5/85):

[C]uando, por el poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias. Ejemplos son la censura previa, el secuestro o la prohibición de publicaciones y, en general, todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control gubernamental.

Además, expone como ejemplos que resultan lesivos del artículo 13 de la Convención, (punto 55 OC-5/85):

todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención; y todo ello con independencia de si esas restricciones aprovechan o no al gobierno.

-
6. El principio de interpretación favorable es desarrollado en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-1319/01-7 de diciembre de 2001 que determina los criterios a los que debe recurrir el juez constitucional al analizar la legitimidad de las restricciones a la libertad de opinión para armonizar su ejercicio con otros derechos. En el punto 12 señala que en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. Afín al razonamiento que sigue la Corte Constitucional de Colombia, en Costa Rica los instrumentos de derechos humanos vigentes en este país, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución. (Vid. sentencia n.º 3435-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y su aclaración, n.º 5759-93).
 7. Vale comentar en este punto que la Corte menciona como condición que el derecho esté mejor y más ampliamente protegido en un tratado internacional. No condiciona la Corte a que sea un tratado de derechos humanos, lo que permitiría dar más valor a normas más favorables que estén en tratados de otra naturaleza frente a la propia Convención.

En su listado de restricciones ilegítimas a la libertad de expresión y de información, incluye también aquellas relacionadas directamente con los medios masivos de comunicación (punto 56 OC-5/85): «cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica “medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”», lo que es susceptible de configurarse aun sin la intervención directa de la acción estatal.

No se detiene la Corte en su opinión al definir el núcleo esencial del derecho de libertad de expresión, sino que introduce supuestos o hipótesis que lo vulneran. En cuanto al tema del pluralismo informativo, si bien este no era tema a analizar en esta consulta planteada por el Gobierno de Costa Rica, cuya discusión se limitaba a si la colegiación obligatoria de los y las periodistas se ajustaba o no a la Convención, resulta de suma relevancia que la Corte, en su opinión consultiva, se haya referido a este tema por la obvia importancia de esta materia en los contenidos de los medios en una democracia.

En efecto, el pluralismo informativo es sin duda un requisito básico y necesario para la conformación de una opinión pública bien informada, y la referencia que se hace en el fallo en cuanto a la violación de la libertad de expresión que provocan las situaciones monopolísticas y oligopolísticas del mercado –en tanto condicionan la información ofrecida al público– asegura y afianza la libertad de expresión e información en el contexto de la sociedad actual de la información y apunta a la exigencia de la existencia de una oferta mediática plural real y efectiva⁸.

Sobre el particular afirma Rodríguez Pardo (2007, p. 18) que:

La consecuencia de un grado óptimo de pluralismo informativo debe entenderse en su íntima vinculación con una praxis saludable del derecho a recibir información, esto es, la difusión y posterior recepción de una información plural e ideológicamente diferente o variada; de ahí que la elaboración y aprobación de las denominadas leyes anti-concentración constituya un asunto que sobrepasa con mucho el ámbito estrictamente mercantil, para adentrarse en otros ámbitos como es el iusinformativo; especialmente, si tenemos en cuenta, que no se puede considerar la información como cualquier otro bien o servicio disponible en el mercado [...].

A la luz de las consideraciones expuestas en relación con la opinión consultiva comentada, para determinar si una restricción resulta violatoria o no del contenido esencial del derecho de las libertades de expresión y de la información consagradas en la Convención, resulta necesario examinar si cabe en uno de los supuestos mencionados en las sentencias de la Corte que acabamos de comentar o si supera los siguientes requisitos o pautas de referencia dictadas en las decisiones de la Corte, a saber (punto 39 OC-5/85): i) si hay causales de responsabilidad previamente establecidas; ii) la definición expresa y taxativa de esas causales por la ley; iii) la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y iv) que esas causales de responsabilidad sean “necesarias para asegurar los mencionados fines”.

8. El artículo 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana establece que los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. Aclara que: “En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos”.

Asimismo, para determinar la necesidad de la limitación, el o la intérprete debe determinar la restricción en el contexto de las normas de interpretación de los artículos 29⁹ y 32.2¹⁰ de la Convención, y deberá también analizar si los fines que se persiguen a expensas de la libertad que se sacrifica se encuentran realmente vinculados con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas.

De la opinión consultiva se desprende una definición de la libertad de expresión, pero no una noción precisa que satisfaga los criterios de definición de lo que es el contenido esencial de la libertad de expresión, máxime que como vimos, esta puede ser suspendida temporalmente en los términos del artículo 27 de la Convención.

Lo que sí podemos afirmar es que el núcleo esencial de la libertad de expresión estará siempre resguardado indirectamente por la regla de interpretación restrictiva o de favorabilidad, de las pautas de referencia enunciadas que establece la Corte y que sugieren un examen de proporcionalidad, el cual es una exigencia común y constante para la legitimidad de cualquier medida restrictiva de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

B.- Del examen de proporcionalidad. En relación con el examen de legitimidad de la restricción a la libertad de expresión (punto 39 OC-5/85), la Corte ha establecido que debe comprobarse si esta supera el juicio de proporcionalidad lo que se logra al constatar que el fin que persigue la disposición restrictiva es convencionalmente válido y legítimo¹¹ y si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad)¹². La medida es necesaria

[...] en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad). Finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido escrito). (Montaños Pardo, 2006).

-
9. Convención Americana. Artículo 29 Normas de Interpretación Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
 - a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
 - b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
 - c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
 - d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.
 10. 32.2 Convención Americana. “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.
 11. Así lo hizo la Corte en el caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Apartado 132.
 12. En relación con el juicio de proporcionalidad en una sociedad democrática, el Comité de Derechos Humanos manifestó en la Observación General n.º 27 que: 14. [...] no basta con que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; deben ser necesarias también para protegerlos Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse. 15. [...] El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas”.

En caso de duda en relación con este examen, el o la intérprete deberá guiarse por la regla de la favorabilidad y el principio *pro libertatis*, pues lo excepcional ha de ser la restricción y, por ello, su implementación debe poder justificarse sin margen de duda. Una posición contraria supone una limitación excesiva de la libertad de expresión y por ello contraria a la Convención.

Del método de interpretación descrito, se infiere que una limitación a la libertad de expresión es válida a la luz de la Convención, si esta además de estar comprendida en los supuestos que enumera su artículo 13.2, es necesaria, atiende un fin legítimo y responde al juicio de proporcionalidad que proponen las pautas de interpretación. Estos aspectos en suma deben responder a los criterios hermenéuticos de favorabilidad o de interpretación restrictiva, del Estado social de derecho y de la razón justificativa de la excepción.

C. Criterio de censura. En distintas ocasiones, la Corte ha declarado la violación a la libertad de expresión de parte de los Estados por limitar de modo ilegítimo el ejercicio de ese derecho imponiendo criterios de censura. Buen ejemplo del modelo asumido por la Corte resulta el caso conocido como “La última tentación de Cristo” del 2001, el cual se originó en una denuncia como resultado de la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película de ese nombre. Esta prohibición de la proyección se basó en la supuesta defensa del derecho al honor y a la reputación de Jesucristo. En ese asunto, la Corte acogió la pretensión de la Comisión Interamericana al observar que el Estado denunciado, contrario al principio del *“effet utile”*, según el cual los Estados parte deben adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno para garantizar la libertad de expresión y la libertad de información, tal como lo dicta el artículo 2 de la Convención, mantenía vigente una norma de rango constitucional que contemplaba la censura en la exhibición y publicidad de producciones cinematográficas.

A la Corte le bastó advertir la omisión legislativa de derogar toda norma que permitiera la censura previa de la libertad de expresión y sostuvo que, a pesar de los esfuerzos del Gobierno chileno que presentó, en abril de 1997, al Congreso un proyecto de reforma constitucional para eliminar la censura cinematográfica, lo que permitiría adecuar el ordenamiento jurídico interno al contenido de la Convención Americana en materia de libertad de pensamiento y de expresión; al 05 de febrero de 2001 cuando se dictó la sentencia, tal modificación no había aún sido adoptada.

Además, la Corte estimó que al censurar la autoridad judicial la exhibición de la película “La última tentación de Cristo”, se violentó también el artículo 13 de la Convención y se generó la responsabilidad internacional del Estado de Chile, en virtud de que el artículo 19 número 12 de su Constitución establecía la censura previa en la producción cinematográfica¹³.

Puede entonces afirmarse que en el sistema interamericano la libertad de expresión contiene la de emitir opiniones y de informar sin censura previa, lo que se extiende a las expresiones de carácter cultural y artístico e, incluye, las películas de televisión, cintas cinematográficas así como también cualquiera otra expresión humana que se manifieste por cualquier otro medio, por ejemplo: Internet, correo electrónico, páginas web, módem, formatos de archivo, foros de discusión, chats, cibercomunidades, medios virtuales, hipertextos, portales o cualquiera otra que introduzca la tecnología en la actual sociedad de la información.

13. “86. La Corte advierte que, de acuerdo con lo establecido en la presente sentencia, el Estado violó el artículo 13 de la Convención Americana en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, por lo que el mismo ha incumplido el deber general de respetar los derechos y libertades reconocidos en aquélla y de garantizar su libre y pleno ejercicio, como lo establece el artículo 1.1 de la Convención”. CIDH sentencia de 05 de febrero de 2001, Caso “Olmedo Bustos vs Chile”.

Posición prevalente de la libertad de prensa

En la sentencia del 06 de febrero de 2001, la Corte resolvió el caso *Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú*, donde en relación con la prohibición de la censura del ejercicio de la libertad de expresión y libertad de información, declaró fundamental que los periodistas y comunicadores que laboraban en los medios gozaran de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que eran ellos quienes mantenían informada a la sociedad, requisito indispensable para que esta gozara de una plena libertad.

La Corte declaró que el Estado demandado lesionó entre otros, la libertad de expresión y de información en su doble dimensión, pues quedó debidamente demostrado que el ofendido fue objeto de acciones intimidatorias de diverso tipo, incluyendo la posibilidad de cancelarle la nacionalidad peruana. Así también se le separó del control del Canal 2 que dirigía. Estos actos ilegítimos restringieron el derecho a circular noticias, ideas y opiniones, lo que afectó también la otra dimensión de la libertad que era el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática.

De los casos comentados, se constata de manera clara y contundente el esfuerzo de las personas juzgadoras de la Corte Interamericana por hacer respetar la libertad de expresión y de información contenidas en la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio en el hemisferio, sin más límites que los establecidos en ese cuerpo normativo y con la prohibición absoluta de la censura previa¹⁴.

Esta posición favorece y da un sitio prevalente a la libertad de prensa, lo que tiende a garantizar una opinión pública libre, sin presiones, en una sociedad donde la libertad de expresión de los pensamientos y de las ideas, así como la difusión de las noticias son requisitos indispensables de esa opinión libre¹⁵.

Del derecho a inmiscuirse en asuntos públicos

A la luz de la normativa de la Convención, la Corte Interamericana ha declarado –a través de sus sentencias– el derecho a inmiscuirse en todo asunto público y también en el marco de contienda electoral. En ese sentido, la Corte señaló, por sentencia del 31 de agosto de 2004 (*Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Apartado 88):

[...] en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.

14. Salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 del artículo 13 de la Convención referentes a los espectáculos públicos.

15. Por sentencia número 2008-9485 de las 9:53 horas del 06 de junio de 2008, la Sala Constitucional de Costa Rica dispuso en relación con la importancia de la función de la prensa y medios de comunicación en general que: «Hoy día es claro que la libertad de información logra su máximo nivel cuando es ejercitada por los profesionales en esa ciencia a través de la prensa, por referirse a asuntos de interés general y ser formadora de opinión. De ahí que tanto la información como las expresiones que sean necesarias para la exposición de hechos y opiniones de interés público, se encuentran protegidas en el derecho fundamental a la libertad de expresión». Considerando V (expediente 08-002930-0007-CO).

En este asunto, la Corte hizo un análisis de su jurisprudencia en cuanto interpreta de modo auténtico el artículo 13 de la Convención, y también se apoyó en sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos y en los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas relacionados con la libertad de expresión. La Corte destacó la coincidencia entre los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y la dinámica de una sociedad democrática.

La remisión a las fuentes de derecho internacionales le permitió reafirmar su posición de que, en el marco de la contienda electoral, debe permitirse la difusión de la información respecto de todos los candidatos, incluidos los adversarios y, por otra parte, fomentar el intercambio de información con los electores, brindándoles mayores elementos para la formación de su criterio y la toma de decisiones en relación con la elección del futuro Presidente de la República Asimismo destacó que el

control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un mayor margen de tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas en el curso de los debates políticos o sobre cuestiones de interés público. (Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Apartado 97).

Segunda Parte: Restricciones legales a la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos

Para garantizar el libre y pleno ejercicio de la libertad de expresión, el Estado o el poder público no solo debe abstenerse de entorpecer su ejercicio, sino debe favorecer la promoción de las condiciones idóneas para el efectivo disfrute del derecho y dar la protección legal frente a las agresiones que no podrían provenir de la acción estatal. Para ello, los Estados deben adoptar las disposiciones necesarias para adecuar su legislación interna a las disposiciones de la Convención Americana, a fin de que el derecho a la libertad de expresión y todos los demás derechos y libertades contenidos en ella tengan plena validez y aplicación (artículos 1 y 2 de la Convención).

Para abordar el tema de las restricciones a la libertad de expresión que admite la Convención, es necesario enfatizar que los derechos que se reconocen en los textos supranacionales contemplan –como también lo hacen las Constituciones en relación con los derechos fundamentales–, la posibilidad de que encuentren algunas limitaciones. La Convención señala como límites a la libertad de expresión las responsabilidades ulteriores contenidas en normas de rango de ley y que sean necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de las demás personas o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas, la regulación del acceso de las personas menores a los espectáculos públicos y la obligación de impedir la apología del odio religioso. Estas restricciones en opinión de la Comisión Interamericana (Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile)

no pueden ir más allá de lo establecido en el artículo 13 de la Convención y no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes dictadas por razones de interés general y con el propósito para el cual fueron establecidas, tal y como lo establece el artículo 30 de la Convención.

Fuera de estos límites, no se puede en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, someter la libertad de expresión.

De las limitaciones a la libertad de expresión en el ámbito penal

En nuestro sistema de derecho, [e]l aparato penal constituye la herramienta más severa con que cuenta el Estado –la sociedad, mejor todavía–, en el despliegue de su monopolio de la fuerza, para enfrentar conductas que atentan gravemente –muy gravemente– contra la vida de la comunidad y los derechos primordiales de sus integrantes¹⁶.

Corresponde al sector de lo penal proteger subsidiariamente los bienes fundamentales y sancionar los comportamientos intolerables cuando no hay mejor remedio para prevenirlos.

Sin pretender juzgar la pertinencia o la suficiencia de la normativa penal en cuanto a este tema, para este estudio me limitaré a citar la normativa costarricense en cuanto a los delitos que se producen por exceso en el ejercicio de las libertades de expresión y de información y que se produce genéricamente a través de los tipos de coacción (art. 193 CP) y amenazas agravadas (art. 195C.P.) que tratan de preservar la libertad de determinación, en la adopción de decisiones y en la ejecución de las mismas, respectivamente.

Por medio de la expresión, se puede lesionar la intimidad ajena a través de su revelación y divulgación de secretos (art. 203 CP), también cauce de lesión del honor ajeno son las injurias (art. 145 CP), la difamación (arts. 146 y 153 CP) y las calumnias (art. 147), así como la publicación de ofensas (art. 152 CP). En un plano análogo a este, pero de destinatario colectivo, mediante los actos de habla cabe turbar o hacer escarnio de los sentimientos religiosos (art. 206 CP). En otro orden, también puede un acto comunicativo, perturbar la administración de la justicia a través de un testimonio falso (art. 316 CP), de una acusación o querella falsa, de la denuncia de una infracción inexistente (art. 319 CP) o de la afirmación falsa de que se ha cometido un delito de acción pública (art. 320 CP).

Así como más recientemente se adoptó la figura de la divulgación de información confidencial relacionada con personas sujetas a medidas de protección en el programa de víctimas y testigos (art. 325 bis CP). La normativa penal de Costa Rica contempla otros delitos de expresión que consisten en animar, convencer o instigar a otras personas para que delinquen lo que puede perturbar la tranquilidad pública: tal es el delito de instigación pública (art. 273 CP).

Se castiga penalmente también el acto de infundir un temor público o suscitar desórdenes o generar alarma, amenazar con un desastre de peligro común que configure intimidación pública (art. 275 CP), la apología (art. 276 CP) y la discriminación (art. 373 CP).

Por sus negativos e impactantes efectos en la sociedad moderna, con mayor severidad que los anteriores supuestos, la ley penal reprime la proposición, provocación o conspiración para cometer cualquier acto terrorista, con penas que llegan hasta diez años de prisión para quien: “[...] en cualquier forma, incite a otros a cometer cualquier acto terrorista, sin importar en la fase de ejecución que participe”. (Art. 274 bis CP).

Por otro lado, la divulgación de hechos mortificantes constituye contravención contra el honor, así sean ciertos (art. 381 CP) y la incitación al odio contra determinada persona o institución perturba la tranquilidad y el orden

16. CIDH caso Herrera vs Costa Rica, Sentencia de 02 de julio de 2004.

público (art. 389 CP). Es necesario indicar que en el ámbito de la Propiedad Intelectual, la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual (LPODPI) prevé sanciones de cárcel para las personas infractoras que comuniquen sin autorización obras literarias o artísticas protegidas, ya sea por medios alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras, en tal forma que los y las miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento en que ellos elijan, sin autorización del autor, el titular o el representante del derecho (art. 51 LPODPI), lo que constituye una limitación a la libertad de expresión.

Llegado a este punto, lo que se puede constatar con la enunciación de las figuras delictivas que castigan algún tipo de comunicación es que en el ordenamiento interno costarricense, la libertad de expresión no puede entenderse ilimitada o de carácter absoluto, lo que resulta acorde con la postura según la cual la libertad de expresión no comporta un supuesto derecho para insultar a otras personas a través de las opiniones o para perturbar la tranquilidad pública. Tales intromisiones resultan dañinas y atentatorias para el honor o la intimidad de las personas en unos casos y para la paz social en otros.

No obstante, si bien he insistido en que no es la intención de este artículo analizar los supuestos en que el ejercicio de la libertad de expresión lesiona otros derechos o bienes jurídicamente tutelados en el sistema penal costarricense, no puedo dejar de mencionar que citarlos resulta útil para plantearnos la inquietud en cuanto a si alguna de estas figuras, más que proteger otros bienes jurídicos, no estará perniciosamente debilitando las libertades comunicativas, pues debe tomarse en cuenta que la posible aplicación de sanciones penales, como consecuencia de algunas determinadas expresiones, podría constituir un método pesado y gravoso que restringe, más allá de los límites deseables, la libertad de expresión.

Parece útil abrir un espacio a la reflexión que lleve a ponderar la necesidad de la preponderancia que goza el régimen penal contra los actos de expresión o si, por el contrario, se debe moderar el aparato punitivo y optar por soluciones menos gravosas, pues de toda suerte, como afirmaba Rawls, *“las instituciones básicas de una sociedad democrática moderadamente bien gobernada no son tan frágiles o inestables como para ser barridas sólo por la expresión subversiva”*. (Rawls, 1990, p. 96).

No se ha adoptado la figura penal de censura previa en legislación interna de Costa Rica

Del lado del amparo o de la garantía de la libertad de expresión en el ámbito penal, cabe preguntarse si se protege a la persona comunicadora de la censura previa de la información. Resulta extraño a la prohibición de la censura previa del artículo 29 de la Constitución Política de Costa Rica, el cual establece el derecho de comunicar pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos sin previa censura, así como a la posición de la jurisprudencia desarrollada en el marco del sistema interamericano de derechos humanos de protección de la libertad de expresión que prohíbe de manera absoluta la censura previa, que no se encuentre una norma de carácter penal en el ordenamiento costarricense que sancione a quienes lesionan la libertad de prensa en lo particular y la de expresión en general.

El vacío normativo en esta materia lleva admitir con pena que la tutela que ofrece la normativa penal es insuficiente para garantizar la libertad de expresión reconocida como puerta y vehículo de acceso a todos los demás derechos y libertades fundamentales¹⁷, pues si bien el derecho penal aparece como el medio de control más duro y a este se debe recurrir cuando los demás medios para solucionar el problema han fracasado (*última ratio*), no puede obviarse que la garantía del derecho humano a las libertades de expresión y de comunicación constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática, a la que se le ha dedicado una posición preferente respecto de otros derechos humanos, y como tal no sobra ningún esfuerzo para su preservación¹⁸.

Por ello resulta necesario apuntar que frente a uno de los peores ataques contra su ejercicio, como lo sería la censura previa, falta en el ordenamiento penal interno costarricense una figura que prevenga y sancione –ya sea con prisión o con pena de inhabilitación– la censura previa por cualquier autoridad pública¹⁹.

A modo de ejemplo, España castiga con la pena de inhabilitación la censura previa en los casos que prevé el artículo 538 de su Código Penal, contenido en el Título XXI “Delitos contra la Constitución” dedicado a las infracciones penales cometidas por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales²⁰. Esta disposición garantiza en buena medida la prohibición de la censura de la difusión de ideas y manifestaciones de las personas comunicadoras en particular.

De las limitaciones a la libertad de expresión en el derecho penal, para finalizar este tema debo indicar que resultaría acorde con la tendencia jurisprudencial de la Corte Interamericana y en armonía con el artículo 13 citado de la Convención Americana, adoptar en el ordenamiento interno una figura penal que prohíba la censura previa. Así como también resultaría prudente analizar con atención y mentalidad restrictiva los tipos penales vigentes que limitan la libertad de expresión y la libertad de información.

De la prueba de la verdad

En el contexto de garantía máxima de las libertades de expresión y de información que se promueve en el régimen interamericano, la Corte analizó la figura de la prueba de la verdad, conocida como *exceptio veritatis* y que obliga al o a la periodista a probar ante autoridad jurisdiccional competente que los hechos por él o ella publicados corresponden a la verdad. Con este instituto advirtió la Corte –en el caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*–, se invierte la carga de la prueba, pues es el o la periodista y no la persona querellante, quien estima lesionado su honor, el que debe demostrar la veracidad de la información²¹.

En efecto, en el caso *Herrera vs. Costa Rica*,²² la Corte Interamericana tiene por demostrado que el señor Herrera Ulloa es un periodista que expresa hechos u opiniones de interés público, y que la exigencia de la prueba de la verdad por parte de los tribunales de justicia costarricenses –al estimar que no logró demostrar la

17. Así es definida la libertad de expresión en la sentencia 4129-93 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en la cual se analiza la propaganda electoral a la luz de la Constitución Política y del 13 de la Convención Americana.

18. Para Rawls “las instituciones básicas de una sociedad democrática moderadamente bien gobernada no son tan frágiles o inestables como para ser barridas sólo por la expresión subversiva”. (Rawls, 1990, p. 92).

19. En Costa Rica ha sido en el ámbito de lo constitucional donde se ha desarrollado jurisprudencia en relación con el tema de la censura previa. Así por ejemplo, en la sentencia 02-008586 del 04 de setiembre de 2002, analizó algunos artículos de la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impreso y reiteró –a la luz de lo dispuesto en el artículo 13.4 de la Convención que la protección de la niñez costarricense configura el eje fundamental del accionar estatal a través de diversos instrumentos jurídicos, lo que justifica la intervención del Estado de regular, no de prohibir, el acceso a las cintas o películas que se exhiben por televisión, en aras de proteger la salud psicológica de los menores de edad en particular. (En el mismo sentido ver sentencias de la Sala Constitucional número 0682-95 0770-96, 6519-96).

20. Código Penal de España. “Artículo 538. La autoridad o funcionario público que establezca la censura previa o, fuera de los casos permitidos por la Constitución y las Leyes, recoja ediciones de libros o periódicos o suspenda su publicación o la difusión de cualquier emisión radiotelevisiva, incurrirá en la pena de inhabilitación absoluta de seis a diez años”. www.jhbayo.com/abogado/framecp.htm

veracidad de la información y como consecuencia le condenó en lo penal al declararlo autor responsable del delito de publicación de ofensa en la modalidad de difamación–, entraña una limitación excesiva a la libertad de expresión, contraria con lo previsto en el artículo 13.2 de la Convención.

En el razonamiento por el fondo alude la Corte en la sentencia del 2004 a la doble dimensión de la libertad de expresión, así como también cita lo expresado en la Opinión Consultiva OC-5/85, en cuanto se refiere a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión.

La Corte describe el importante rol que juegan los medios como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión y transcribe parte de una sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en que se exalta la importancia que reviste en la sociedad democrática la libertad de expresión, a la cual califica como [...] uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo [...].

Lo anterior coincide con la posición asumida tanto en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos, como en el universal (al efecto menciona la Corte en la sentencia lo expresado por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos así como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas) para concluir que

[...]es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca [...].

Como ya lo había hecho en anteriores sentencias, en esta la Corte también se apoya en la posición asumida sobre el tema por la Corte Europea de Derechos Humanos para fundamentar su decisión e indica que se ha establecido un umbral distinto respecto a las limitaciones permisibles sobre la libertad de expresión, cuando el objeto de la expresión se refiere a una persona pública, y ha sostenido que

[...]la libertad de expresión e información [...] debe entenderse no solo a la información de ideas favorables, consideradas como inofensivas e indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, resulten chocantes e perturben [...]; lo que permite destacar una tendencia asentada a tomar en cuenta jurisprudencia de otros órganos supranacionales y procurar un diálogo jurisprudencial de derecho internacional de derechos humanos.

En relación con el instituto de la prueba de la verdad resuelve la Corte Interamericana que la exigencia que esta ordena en el caso del periodista en particular, no solo produce un efecto disuasivo en su caso –pues quien se ve condenado por el delito contra el honor se va a autolimitar en el ejercicio de la libertad de expresión en relación con el sujeto que fuera objeto de la noticia y que lo denunció en la vía penal–, sino que tiene efectos silenciadores sobre el gremio de periodistas a la que pertenece el profesional.

-
21. En el Código de Costa Rica se contempla la figura de la prueba de la verdad en el artículo 149 ubicado en el Título II dedicado a los delitos contra el honor.
 22. CIDH. Caso Herrera vs. Costa Rica. Sentencia del 02 de julio de 2004. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.

Véase que en la sentencia que se comenta, la Corte califica el acto jurisdiccional en este caso como atemorizador e inhibidor [...] sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad [...] (133). Esta posición se apoya en lo señalado por la Corte Europea, según la cual:

[...] El castigar a un periodista por asistir en la diseminación de las aseveraciones realizadas por otra persona amenazaría seriamente la contribución de la prensa en la discusión de temas de interés público [...].

En el punto 195 de la sentencia, la Corte deja sin efecto la resolución del 12 de noviembre de 1999 del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José que condenaba penalmente al señor Mauricio Herrera Ulloa, y en cuanto a la violación de la libertad de expresión, remite a lo ya indicado en el punto 132 donde afirma que el juzgador costarricense no aceptó la excepción mencionada, porque el periodista no había probado la veracidad de los hechos de que daban cuenta las publicaciones europeas. Esta exigencia entraña una limitación excesiva a la libertad de expresión, de manera inconsecuente con lo previsto en el artículo 13.2 de la Convención.

Del análisis de la sentencia Herrera vs. Costa Rica en cuanto a la exceptio veritatis, parece claro que la Corte desaprueba no solo la aplicación de la figura de la prueba de la verdad en el caso particular del señor Herrera, sino también la figura de la prueba de la verdad en sí misma y que contiene la legislación penal de Costa Rica. Además, estima que constituye un límite excesivo al ejercicio de la libertad de expresión. No obstante, queda la duda, pues en su parte dispositiva, no declara la Corte que el artículo 149 del Código Penal que recoge la exceptio veritatis sea incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como sí lo ha hecho en otros casos donde cuestiona no solo el acto sino también anula la norma que lo permite²³.

Justamente, en la sentencia que resuelve el caso del periodista, la Corte no deja sin efectos jurídicos la norma, razón por la que puede interpretarse válidamente que lo que estimó contrario a la Convención no es el texto normativo que establece la prueba de la verdad, sino su interpretación y aplicación que hicieron las personas juzgadoras del instituto legal en el caso particular donde se invirtió la carga de la prueba, trasladándola de quien acusa a la persona acusada, lo que es contrario al principio de inocencia.

Es importante también reiterar que la Corte adopta una posición afín a la asumida por la Corte Europea, la cual tiende a exponer más a la opinión pública a la funcionaria o al funcionario público, y parte de que la represión penal en materia de libertad de prensa es perniciosa en una sociedad democrática. Consecuente con lo resuelto por la Corte, una posición contraria y de corte restrictivo de la libertad de prensa llevaría a amenazar el ejercicio libre de las personas informadoras en detrimento de su libertad de expresión y de la libertad de todas las personas a estar informadas.

A esta altura, cabe preguntarse, en torno a la sentencia del caso Herrera vs Costa Rica, si la posición preferente de la libertad de información lo torna en un derecho absoluto que permite a los y las periodistas decir o expresarse en asuntos de interés público sin responsabilidad penal alguna. Debe cuestionarse si se dejan vacíos de contenido los derechos al honor y a la intimidad de las personas sobre las que versa la información.

23. En la sentencia que resuelve el caso Barrios Altos Vs. Perú de 14 de marzo de 2001, la Corte decidió por unanimidad en el punto 4. DECLARAR que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.

La pregunta resulta válida en tanto en la sentencia *Herrera vs Costa Rica* la Corte, si bien expresa su rechazo a la imposición de medidas sancionatorias penales como reacción al ejercicio de la libertad de prensa, no desarrolla en su análisis de fondo la condición de veracidad de la información exigible a las personas comunicadoras, a pesar de que tanto la Comisión como la defensa del periodista expusieron en sus informes de manera amplia, algunos estándares de interpretación, aceptados en otros países, encaminados a sentar las responsabilidades de las personas comunicadoras por la difusión de información de hechos falsos²⁴.

De la doctrina de la diligencia de la información y de la real malicia²⁵

Los medios de comunicación se dedican a elaborar noticias y llevar información, actividad que –en la sociedad de la información donde vivimos–, es susceptible de captar la atención de toda persona, en cualquier rincón del planeta. En las últimas décadas principalmente, la realidad tecnológica ha venido a transformar no solo el ejercicio de la libertad de expresión, sino también el de la información, pues ha permitido a la ciudadanía estar informada –esté donde se esté y de manera instantánea–, en el momento mismo en que se origina el hecho de la información.

La cercanía de los medios de comunicación con las personas destinatarias de la información es lo que hace que aquellos ejerzan una influencia directa sobre los más diversos sectores de la sociedad, y que la información que brindan sea determinante en la configuración de la opinión pública.

Innegable es que el ejercicio permanente de la libertad de expresión, de modo continuo y profesional, que es como lo deben hacer los medios de comunicación, los sitúa en una posición de privilegio en la determinación de cómo piensan y qué piensan las demás personas²⁶. Esta postura prevalente de los medios de comunicación en la sociedad ha llevado a incursionar en la elaboración de mecanismos de contrapeso contra los posibles abusos²⁷ en el ejercicio de la libertad de información por parte de las personas comunicadoras.

Parte de las exigencias a las personas comunicadoras o periodistas –que se dedican a informar por medios de comunicación con alcance masivo– es la de la certeza de la información, que se entiende y justifica desde la doble perspectiva de la persona espectadora pasiva –que recibe la información y que no se sabe si lo que se expresa es real y cierto– así como desde la óptica de la persona que es objeto del hecho noticioso, a quien interesará poder exigir, en distinto grado si es una persona particular o un personaje público²⁸, que la información sea por un lado cierta y, por otro, necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa.

En cuanto a la exigencia de la veracidad del contenido informativo, la doctrina europea²⁹ establece el deber de los y las periodistas de comprobar que lo que informan es cierto (teoría alemana de la diligencia de la comprobación); certeza no referida a la concordancia con la realidad fáctica, sino en el sentido de que el o la periodista ha sido diligente en la averiguación de los hechos noticiosos que difunde.

24. En el caso *Herrera vs Costa Rica*, tanto la Comisión como la defensa del periodista Herrera citaron en los informes rendidos a la Corte las doctrinas de la real malicia y reporte fiel que son mecanismos ya probados por la jurisprudencia norteamericana y que han sido asumidos de manera sistemática por los europeos como exigencias válidas y proporcionadas de los comunicadores.

25. A State cannot under the First and Fourteenth Amendments award damages to a public official for defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves “actual malice” –that the statement was made with knowledge of its falsity or with reckless disregard of whether it was true or false *NEW YORK TIMES CO. v. SULLIVAN*, 376 U.S. 254 (1964) <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=376&invol=254>.

26. Sobre el poder de las plataformas multimedias en relación con el derecho a la información. **Manuel Núñez Encabo** (2008, p. 861-886) y **Howard Zinn**, (2004). (Consultado el 08 septiembre de 2009).

27. Abuso entendido no como exceso en el ejercicio del derecho de comunicar noticias o informar, pues no existe límite cuantitativo para ejercer el derecho en total libertad, sino en el sentido que se extralimitan las fronteras de la libertad de expresión, cayendo en alguna de las restricciones impuestas en la ley.

Tales criterios de diligencia y cuidado buscan que el contenido del hecho noticioso haya sido contrastado con fuentes informativas válidas. El o la informante ha debido realizar oportunas averiguaciones sobre los hechos que da a conocer, de modo que aun en el caso en que la información difundida resulte errónea o inexacta, esta ha sido lo suficientemente comprobada³⁰. La posición anterior permite proteger bajo la sombrilla de la veracidad no solo la información que resulte veraz, consonante con la realidad, sino también aquella que pueda no serlo, y que aun pueda calificarse de errónea, ya que lo que se exige a la persona comunicadora es haber cumplido su tarea de averiguación de la información, de manera diligente y de buena fe³¹.

Pero no todo tipo de información inexacta puede entenderse protegida por la libertad de prensa y no podría pretender ampararse bajo la libertad de expresión quien, a sabiendas, menosprecie la verdad y dé a conocer información que sabe que es falsa o que no se ha dado a la tarea de confrontar con la realidad.

Por consiguiente, queda fuera de la protección aquella información inexacta o falsa que se ha obtenido y difundido con el propósito de dañar el honor ajeno y de defraudar el derecho de todas las personas a recibir información veraz. Esta posición se conoce como la teoría de real malicia que permite a la persona querellante –que se estima afectada en su honor– demostrar, ante la autoridad jurisdiccional que la persona comunicadora actuó de modo negligente, por basar su información en simples rumores, o bien porque sabía que la expresión contenía hechos falsos. Todo lo cual deja al descubierto el ánimo de afectar el honor de la persona aludida. VILLALOBOS JIMÉNEZ comenta que la exigencia de la veracidad, impone en todo caso la verdad subjetiva y no la objetiva. «No se requiere una certeza absoluta de la veracidad en el momento de comunicar la información, porque tan exacerbada exigencia entrañaría el riesgo de ahogar la libertad de información». (Villalobos Jiménez, A., 2004, p. 84).

De la doctrina del reporte neutral

La doctrina del reporte neutral, también conocida como reproducción fiel, exime de responsabilidad al o a la periodista que se limita a reproducir lo expresado por otra persona. Según esta postura, se le puede exigir a la persona comunicadora que demuestre que el hecho de la declaración se produjo, que existe una persona concreta, identificable que ha realizado la manifestación y, con ello, se le exime de la tarea de investigar la veracidad de lo que expresa la persona ofensora, quien es la única responsable del contenido de la información.

Villalobos Jiménez (San José, 2004) explica que, en ese sentido, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que

-
28. Con respecto a las limitaciones permisibles sobre la libertad de expresión, la Corte Interamericana se ha apoyado en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual hace una distinción en la aplicación de la protección de funcionarios públicos, por tratarse de personas que ejercen funciones de una naturaleza pública y de políticos, a quienes se debe aplicar un umbral diferente de protección, “[...] el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada”. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia del 31 de Agosto de 2004.
 29. En ese sentido, el Tribunal Constitucional Español en la sentencia 6/1988 del 21 de enero y del Tribunal Constitucional Alemán en el caso Schmidt vs. Spiegel.
 30. John Stuart Mill filósofo británico del siglo XIX defendía la libertad de expresión y de pensamiento más allá de la veracidad o exactitud del contenido de lo que se expresa, al señalar que: “[...] the suppression of opinion is wrong, whether or not the opinion is true: if it is true, society is denied the truth; if it is false society is denied the fuller understanding of truth which comes from its conflict with error; and when the received opinion is part truth and part error, society can know the whole truth only by allowing the arising of competing views”. Citado por Kathleen M. Sullivan (2004, p. 987 y 988).
 31. “Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de modo que de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía sería el silencio”. STC del 21 de enero de 1998.

[...] cuando un medio se limita a difundir o transmitir declaraciones o publicaciones ajenas, identificando a su autor y sin realizar ninguna aportación relevante a la noticia por la vía de la forma o del contenido, limita su deber de diligencia a la constatación de la verdad del hecho de la declaración, sin estar obligado a la constatación de la veracidad de lo declarado, pues tal responsabilidad sólo sería exigible por lo general al autor de la declaración.

De conformidad con lo expuesto, válidamente los medios de información pueden publicar afirmaciones de otras personas sin que sobre aquellos recaiga la responsabilidad del contenido informativo, aun cuando el contenido de tal información resulte difamante o lesiva del honor y la intimidad de una persona tercera, pues está obligado el medio únicamente a constatar que el hecho de la declaración haya tenido lugar.

Al igual que la doctrina de la veracidad y de la real malicia, la doctrina del reporte neutral favorece la difusión de opiniones, juicios de valor y tráfico de la información en los medios de información y se constituye en garante de la libertad de información, deseable y necesaria en una democracia libre.

Conclusión

En los países que forman parte del sistema interamericano, no sobran los esfuerzos encaminados a desterrar las conductas que intimiden a las personas comunicadoras a ejercer la libertad de expresión. Urge también incorporar en las legislaciones internas los estándares de interpretación –en materia de la libertad de prensa– que permitan definir desde los textos normativos reglas proporcionadas y necesarias que nos acerquen al modelo de sociedad libre y bien informada que, desde San José de Costa Rica, busca diseñar la Corte Interamericana a través de su jurisprudencia.

Para ello es necesario ejercer con rigurosidad desde las Salas de lo Constitucional un control no solo de constitucionalidad de los actos de las administraciones públicas o de las leyes que emanan del Poder Legislativo, sino que es necesario realizar un control de convencionalidad sobre las normas, el ordenamiento jurídico y los actos de los distintos Poderes, pues no se puede hoy día ignorar las fuentes del derecho internacional y, mucho menos, las sentencias de la Corte Interamericana que tal y como expuso la misma Corte en el año 2006 en el caso *Almonacid Avellano y otros vs Chile*:

124. [...] los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana³².

Los esfuerzos para garantizar plenamente el derecho de la información y la libertad de expresión deben realizarse sin descuidar otros derechos fundamentales como el derecho a la intimidad que podría verse

afectado por un uso abusivo de la libertad de información. El equilibrio es posible a través de la adopción de leyes de hábeas data que aclaren los límites de la información que pueda hacerse pública y también a través de los órganos de control constitucional que como en Costa Rica han desarrollado jurisprudencia que garantice el derecho a la información sin legitimar su abuso.

En la búsqueda de ese equilibrio que por sentencia número 2008-009485 de las nueve horas y cincuenta y tres minutos del seis de junio de dos mil ocho, la Sala Constitucional analizó en el proceso de amparo planteado contra dos empresas de televisión que, año a año, difundían información relacionada con un asunto penal y difundían la imagen de la persona amparada, el tema del derecho a la identidad, imagen y el correlativo derecho a la intimidad de las personas que han estado bajo el régimen penitenciario, frente a la libertad de información.

En lo que interesa, dispuso la Sala que era necesario evaluar si la comunicación hecha por los medios era abusiva del derecho al honor y prestigio, al igual que sus correlativos de intimidad y de imagen que, como tales, eran valores fundamentales que se encontraban tutelados en el numeral 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Citó en su resolución la sentencia 00173 de las 10:00:00 del 02 de abril de 2003 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica que, al abordar el tema de la licitud de una noticia policial, estimó que constituía un uso ilegítimo de la libertad de información y que se incurría en abuso del ejercicio de esa libertad cuando el material noticioso que se difundía a través de los medios era obtenido de manera ilícita. Asimismo, destacó que

es oportuno que los medios de información en el ejercicio de su labor, den un tratamiento riguroso de la información personal de los sujetos que estuvieron sometidos al régimen penal-, y que ya cumplieron la pena impuesta-; de manera tal que se proteja su intimidad; lo que se puede lograr utilizando mecanismos de comunicación que no revelen la identidad de la persona ya sea omitiendo revelar su nombre y utilizando sólo siglas, así como omitiendo la difusión de su imagen en el caso de los medios audiovisuales y de prensa escrita; y con la encriptación de los nombres en los medios electrónicos.

La utilización de tales mecanismos que ofrece la tecnología es necesaria y útil para proteger la privacidad en los casos comentados y favorece el tráfico de la información a través de los medios de comunicación, en plena armonía con los demás derechos fundamentales.

Bibliografía

Carvallo Bracho, A. G. (2007). *La Responsabilidad Legal derivada del Acto Informativo y las Leyes de Desacato en Venezuela*. En *Derecho de la Información Una perspectiva comparada de España e Iberoamérica*. Madrid.

Chirino Sánchez, A. (2005). *El Estado de la libertad de expresión en Costa Rica*. En *El Estado de la libertad de expresión en Centroamérica, México y República Dominicana*, San José.

Garberí Llobregat J. (2007). *Los Procesos Civiles de Protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen frente a la libertad de expresión y el derecho a la información*. España: Bosch.

32. CIDH, sentencia del 26 de setiembre de 2006. Caso Almonacid Avellano y otros vs Chile.

Montanés Pardo, M. Á. (2006). *Los límites de los Derechos Fundamentales*. En Seminario Constitucional. San José, Costa Rica, abril.

Núñez Encabo, M. (2008). *Significado y trayectoria histórica de la libertad de expresión-información y el derecho a la información*. En Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales. Madrid.

Rawls. (1990). *Sobre las libertades*. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós.

Rodríguez Pardo, J. (2007). *Del Derecho Humano a la Información al Fundamental Pluralismo Informativo. Una Perspectiva Europea*. En Derecho de la Información. Una perspectiva comparada de España e Iberoamérica. Madrid.

Rosado Iglesias G. (2008). *Libertad de Expresión y Defensa del Orden Democrático*. En Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales. Madrid.

Sullivan, K. M. (2004). *Constitutional Law*. New York

Villalobos Jiménez, A. (2004). Requisitos y Solución al Conflicto entre la Libertad de Información y el Honor en España y Costa Rica. En *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 103. San José.

Casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

Sentencia del 5 de febrero de 2001. (Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile) http://www.iidh.ed.cr/COMUNIDADES/LIBERTADEXPRESION/DOCS/LE_CORTECAS/

Sentencia del 31 de agosto de 2004. (Caso Ricardo Canese vs. Paraguay). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.doc

Sentencia del 02 de julio de 2004. (Caso Herrera vs. Costa Rica).

Sentencia del 14 de marzo de 2001. (Caso Barrios Altos Vs. Perú).

Casos ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

Sentencia 2002-03074 de las 15:24 horas del 02 de abril de 2002.

Sentencia número 2008-9485 de las 9:53 horas del 06 de junio de 2008.

Otras sentencias

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

The New York Times Company vs. I. B. Sullivan Ralph d. Abernathy *et ál.* vs. I. b. Sullivan
New York Times co. v. Sullivan, 376 U. S. 254 (1964)

<http://supreme.justia.com/us/376/254/case.html>

http://www.iidh.ed.cr/comunidades/libertadexpresion/docs/le_otroseeuu/csusanytimes.htm<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=376&invol=254>

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-1319/01-7 de diciembre de 2001. Diálogo Jurisprudencial. Número III.

Instrumentos Internacionales

Convención Interamericana de Derechos Humanos <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

La Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776

<http://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html>

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2_e.htm

Observación General n.º 27, comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 12 - La libertad de circulación, 67º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 202 (1999). Biblioteca e los Derechos Humanos de la Universidad de Minnesota.

<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom27.html>

La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos13.htm>

Normativa penal

Código Penal de Costa Rica. Ley 4573 Publicado en La Gaceta n.º 257 de 15-11-1970.

Código Penal de España, Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre del Código Penal.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t21.html

Doctrina en Internet

Amaya Villareal, Á. F. El Núcleo Duro de los Derechos Humanos: Práctica Jurídica en Colombia 1991-2004.
<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS73.pdf>

Howard Zinn. « Liberté d'expression », *revue Agone*, 31-32 | 2004, [En ligne], mis en ligne le 03 novembre 2008. URL: <http://revueagone.revues.org/index255.html>. (Consulté le 08 septembre 2009).

Stuart Mill John. *On Liberty*. 1859, Oxford 2005. http://books.google.com/books?id=FbrwarPcz5YC&printsec=frontcover&dq=%09STUART+MILL+John.+On+Liberty&lr=&as_drrb_is=q&as_minm_is

« Liberté d'expression », *revue Agone*, 31-32 | 2004, [En ligne], mis en ligne le 03 novembre 2008. URL: <http://revueagone.revues.org/index255.html>. (Consulté le 08 septembre 2009).

Terminidad y Malicia procesales al banquillo: Crónica de dos lacras jurídicas que pretenden consolidarse

Jorge Isaac Torres Manrique *

La excelencia moral es resultado del hábito. Nos volvemos justos realizando actos de justicia; templados, realizando actos de templanza; valientes, realizando actos de valentía.

Aristóteles

Hay un punto pasado el cual, hasta la justicia se vuelve injusta.

Sófocles.

Abusus non est usus, sed corruptela. (El abuso no es uso, sino corruptela).

Se me sanciona por incurrir, a nivel procesal, indistintamente en: i) temeridad, ii) mala fe, iii) temeridad o mala fe, iv) temeridad y mala fe, y v) temeridad y/o mala fe. Empero, no se me ha explicado y fundamentado (justificado) jurídicamente, la naturaleza de dichas conductas, los casos en que se incurre en ellas y la sanción en sí, ¿podría hacerlo? Rpta. No, pero no porque no desee hacer lo propio, si no porque no tengo la menor idea".
Anónimo.

Un poco de Derecho Procesal a nadie ofende.

* Ex gerente de Asesoría Legal del Centro Vacacional Huampaní. Ex gerente de Secretaría General de la Municipalidad del Distrito de Asia. Doctorando en Administración por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Egresado del Doctorado en Derecho de las Maestrías en Derecho Empresarial y Derecho Penal, por la misma Casa Superior de estudios; y del I Nivel del VII Curso del Programa de Formación de Aspirantes a Magistrados de la Academia de la Magistratura (Sede Lima). Abogado por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa (Perú). Ex conciliador del Centro de Conciliación Extrajudicial Paz y Vida. Árbitro de Derecho y Conciliador Extrajudicial. Postgrado en Derecho Registral y Notarial. Especialista en Comercio Exterior y Aduanas, Análisis del Código Procesal Civil, Derecho Penal Aplicado, Perfil Académico para la Magistratura y en Derecho Público. Diplomado en Razonamiento Jurídico y Análisis de Sentencias del Tribunal Constitucional, Enseñanza Superior del Derecho, Litigación Avanzada, Oratoria y Presentaciones de Impacto, Derecho Empresarial, Laboral, Procesal Constitucional, Procesal Penal, Derecho de Familia del Niño y del Adolescente; y en Civil y Procesal Civil. Estudios de Filosofía, Psicología, Marketing, italiano, inglés y traductor Intérprete del idioma portugués avanzado. kimblellmen@hotmail.com.

Sumario:

I. Introducción.- II. De lo correcto a lo incorrecto.- III. Acerca de la temeridad procesal.- IV. Sobre la malicia procesal.- V. Litigante temerario.- VI. El artículo 112 (“no deslindado”) del Código Procesal Civil peruano.- VII. Temeridad y malicia vs. principios procesales.- VIII. Temeridad y malicia procesales en la literatura.- IX. Teoría del abuso del derecho.- X. Costas, costos, multas, responsabilidades y sanciones.- XI. Normatividad aplicable al derecho peruano.- XII. Legislación extranjera.- XIII. Criterio del Tribunal Constitucional peruano.- XIV. Reflexiones finales.- XV. Sugerencias.- XVI. Propuesta legislativa.- XVII. Bibliografía.

I. Introducción

Los inicios de la existencia del **derecho**¹ se remontan prácticamente a los orígenes de la humanidad misma². Sin embargo, respecto de los comienzos del **proceso**^{3, 4} la doctrina mayoritaria es conteste que corresponden a tiempos inmemoriales; pero el principio del derecho procesal^{5 6} (al margen que, al igual que el proceso,

-
1. El *derecho* es un sistema u ordenamiento jurídico de normas obligatorias, sistemáticamente jerarquizadas, que regulan el desenvolvimiento de la vida humana en sociedad. Es un arte, una disciplina que crea, desarrolla, interpreta, ordenamientos y principios jurídicos. No es ya un mero conjunto de normas (positivismo), tampoco fue o posee carácter de ciencia. El derecho (al margen que actualmente la doctrina mayoritaria peruana sea conteste con la tridimensionalidad- I) hecho, II) derecho y III) norma- del mismo) debe empezarse a ser entendido, estudiado, interpretado y enseñado, como mínimo, desde una naturaleza octodimensional inescindible (según el profesor José Antonio Silva Vallejo, el derecho presenta ocho dimensiones): I) *normas* (conjunto de leyes positivas) II) *hechos* (realidades del derecho) III) *valores* (justicia, libertad, seguridad, igualdad, etc.) IV) *tiempo jurídico* (plazos, tiempos, condiciones, retroactividad, ultractividad, etc.) V) *espacio jurídico* (lugar donde se concreta o manifiesta el derecho) VI) *historia* (épocas y periodos determinados) VII) *ideologías* (intereses detrás del derecho) y VIII) *vivencias* (experiencias que determinan situaciones y actitudes frente al justiciable). A la citada visión octodimensionalista del derecho, le agregamos que el derecho tiene que ser abordado además, a la luz de sus *fuentes y principios generales*.
 2. Cabe precisar que el derecho en el inicio de la humanidad era conducente con el *estado de naturaleza* (ante la inexistencia del Estado, Estado que debió su aparición o fue producto del *contrato social* que en su obra del mismo nombre Jean-Jacques Rousseau, desarrolló ampliamente), es decir, con el ejercicio de la justicia privada o venganza privada.
 3. Proceso es un conjunto de actos dirigidos a la formación o a la explicación de los mandatos jurídicos, cuyo carácter consiste en la colaboración a tal fin de la personas interesadas (partes) con una o más personas desinteresadas (jueces, oficio judicial)... proceso es un método para la formación o para la actuación del derecho, *sirve al derecho*; por otra parte, en cuanto esa formación o actuación, en razón de los conflictos de intereses que tienden a regular y también de los otros en que se resuelve el proceso mismo, está regulada por el derecho, el *proceso es servido por el derecho*, por lo cual la relación entre derecho y proceso es doble y recíproca. (Carnelutti, F., 1959, p. 21- 22).
 4. Por otro lado, es imperativo destacar que con gran acierto el gran jurista Hugo Alsina denota que el *proceso* es un organismo muerto, inerte, sin vida propia, que avanza al tiempo construyéndose en virtud a los actos de procedimiento que ejecutan las partes y el juez; y que esa fuerza externa que lo mueve o que le proporciona existencia: vida se denomina impulso procesal. (ALSINA, H. 1963, p. 448.)
 5. Consideramos que el *derecho procesal* es la rama del derecho público, cuya finalidad es la constitución de órganos estatales de tutela jurídica a los justiciables, así como las condiciones, formas y efectos de desenvolvimiento de los actos procesales; en el marco de un sistema jurídico determinado y a la luz de un debido proceso. Este derecho adjetivo tiene por fuentes a: I) la ley II) la costumbre III) la jurisprudencia y IV) la doctrina.
 6. El derecho procesal pionero o inicial, al que denominamos *derecho procesal madre*, dado cuenta que a él deben su existencia los derechos procesales de las distintas ramas del derecho, tuvo su aparición u origen en el Clásico y Bajo Imperio Romano.

tampoco sea posible precisar una fecha determinada) estuvo determinado cuando ante la aceptación o legalidad del ejercicio de la venganza privada⁷ (por el hombre primitivo) esta rebasa sus límites, viendo por conveniente dotar de poder de decisión o autoridad a un jefe que brinde orden y justicia.

Pero esta autoridad pronto se convirtió en autoritaria: es en ese momento cuando aparece la necesidad que dicho jefe de grupo también tenga que someterse a una orden o autoridad. Consecuentemente, en ese momento nace el derecho procesal, específicamente en el derecho romano. En ese sentido, tenemos que las *legis actiones*⁸ constituyeron el sistema más antiguo de enjuiciar en el **proceso civil romano** (Iglesias, J. 1982, p. 202- 205). Luego les sucedió la *ley aebutia*⁹ y, posteriormente, el proceso extraordinario¹⁰.

Sin embargo, con la publicación de las siete partidas (1258), aparece el moderno derecho procesal civil¹¹, de las cuales la tercera reglamentó el procedimiento civil, donde se postergaban en gran medida los principios del proceso común. Después es acogido por el Código de Enjuiciamiento en materia civil peruano de 1852. Luego, dicho proceso civil moderno se positivó en 1855 en la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

-
7. Si bien es cierto que el Estado peruano se encuentra regido por un *estado de derecho* dejando muy atrás al, en su momento, *estado de naturaleza* del hombre primitivo, es ciertamente paradójico que en el actual *Estado de derecho* persistan legalmente resquicios del antiguo y casi extinto a nivel mundial *estado de naturaleza*; claros ejemplos de ello advertimos en el inciso 2. del art. 1971 del Código Civil peruano que contempla inexistencia de responsabilidad: “*en legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno*”, y el art. 920 del mismo código indica acerca de la defensa posesoria extrajudicial: “*el poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias*”. En ese sentido, queda claro que en dichos supuestos es perfectamente legal y legítimo (en un *Estado de derecho* como el nuestro, actuar abierta y justificadamente en sentido opuesto; es decir, conforme o de acuerdo con un *estado de naturaleza*) hacer uso impunemente de la auto justicia, auto tutela o justicia por mano propia para hacer valer individualmente nuestros derechos, sin necesidad de recurrir a la vía judicial).
 8. Las *legis actiones* fueron el sistema más antiguo del proceso civil romano (primer período o “monárquico”), el cual cayó pronto en desuso (por sus complicados y estrictos formulismos, ya que bastaba un error mínimo del *rito formular* para perder la causa; estos formulismos se contraponían con la sencillez y elasticidad necesarias de una Administración de Justicia ágil y eficiente) y fue completamente olvidado. Consistían en declaraciones solemnes que las partes tenían que pronunciar frente al magistrado. Es este procedimiento prevalecía la voluntad de las partes y el juez se limitaba a controlar si dicha actividad era conforme al formulismo de la ley y a intervenir como moderador. Existieron cinco tipos de legis acciones: I) *Legis actio sacramentum* (para reclamar una cosa o un derecho) II) *Legis actio per iudices postulationem* (para reclamar pagos de deudas de dinero cierto y participación en herencia) III) *Legis actio per conditionem* (para exigir un pago pecuniario y reclamación de cosa determinada) IV) *Legis actio per manus iniectionem* (contra la persona sentenciada al pago de una cantidad de dinero) y V) *Legis actio per pignoris capionem* (facultad de adueñarse de la cosa del deudor insolvente). (Chiauzzi, H. 1982, p. 203).
 9. La ley romana *aebutia* (segundo período o “republicano”), se caracterizó por la actitud distinta por parte del magistrado, el cual luego de oír a las partes, entregaba al actor una instrucción escrita o fórmula mediante la cual designaba al juez y fijaba los elementos que debían ser tenidos en cuenta por éste al dictar sentencia y que consistían en los hechos y el derecho invocados por el actor, el objeto litigioso y las defensas opuestas por el demandado. Dicha fórmula consta de: I) *la demonstratio*, que contenía los hechos enunciados por los litigantes, II) *la intentio*, la cual resumía lo pretendido por el demandante, III) *la condemnatio* otorgaba al juez la facultad de absolver o condenar de acuerdo al resultado de la prueba, y IV) *la adjudicatio*, permitía al juez atribuir a alguna de las partes la propiedad de la cosa litigiosa. (Gozaini, G. A., 2005, p. 08).
 10. En el *procedimiento extraordinario* romano que impusiera Dioclesiano (tercer y último período o “imperial”) desaparece la división del proceso en dos tiempos, para comenzar su desarrollo ante solo un magistrado. La demanda se presenta por escrito, el demandado es oficialmente citado a comparecer, debiendo contestar la pretensión por escrito, lo cual implica un debilitamiento de los principios de oralidad e intermediación. Además, al desaparecer la necesidad de la presencia del accionado en el proceso, es posible la continuación del mismo en rebeldía, adoptándose también la imposición de costas al dictar sentencia, la que podía ser impugnada. (Cfr. Ibíd. p. 09).
 11. El mismo que cuenta como su máximo exponente (padre del derecho adjetivo civil) al ilustre jurista italiano Giuseppe Chiovenda.

A continuación, se materializó en el Código de Procedimientos Civiles peruano de 1911, para dar origen al Código Procesal Civil peruano de 1993 vigente y, finalmente, tenemos que sale a la luz el *sui generis* Código Procesal Constitucional peruano de 2004 (igualmente vigente), donde se concretó el avance o desarrollo del proceso civil o legal, ampliando sus alcances a través del proceso constitucional. Cabe precisar que los dos últimos códigos mencionados son correspondientes con el *derecho procesal civil contemporáneo peruano*.

Empero, el derecho procesal general o en general precisan insoslayablemente de un debido proceso^{12 13} para poder cumplir sus fines. En tal sentido, dicho debido proceso es un derecho fundamental y una garantía¹⁴

procesal (***tutela jurisdiccional efectiva***^{15 16 17}); pero además, este *proceso debido* presenta una naturaleza axiológica y social. En ese sentido, es lógica la desazón que experimentamos cuando precisamente este proceso que debe ser *debido*, es violado o atropellado por negativas prácticas procesales como la temeridad

12. Consideramos que el *debido proceso* es el derecho de los justiciables a un proceso judicial sin postergaciones, retrasos, alteraciones o deformaciones, durante el camino, devenir o desenvolvimiento lógico procesal del mismo que desvirtúen su finalidad que es la justicia. Consecuentemente, queda claro que, *prima facie*, el derecho que tienen los justiciables a un derecho justamente, “debido”. Sin embargo, tomando como premisa que precisamente la indebididad del mismo lo desnaturaliza/festina, el etiquetado o denominación del mismo como “*debido proceso*” se presenta ciertamente como una tautología/redundismo. Así, su correcta designación debe ser únicamente (en puridad): “*proceso*”. Por otro lado, es preciso tener en cuenta que el *debido proceso* detenta tres modalidades: I) “*jurisdiccional*” que garantiza un proceso debido a nivel judicial, arbitral, militar y comunal; II) “*administrativo*” que garantiza lo propio en sede de la administración pública, y III) “*corporativo particular*” que garantiza también un debido proceso entre particulares. Asimismo, el debido proceso posee dos dimensiones: I) “*adjetiva o formal*”, como garante de un desenvolvimiento o desarrollo procesal debido, y II) “*sustantiva o material*”, como garante de una decisión judicial basada o enmarcada tanto en la razonabilidad y proporcionalidad; es decir, garantiza una sentencia justa.
13. El debido proceso, estatuido genéricamente como garantía, salió a la luz del mundo del derecho, en primer lugar: en el common law inglés, en la Carta Magna de Inglaterra del 15/06/1215 (Concesión Real o cédula del rey Juan Sin Tierra inglés, por la cual se comprometió con los nobles ingleses, a respetar sus fueros e inmunidades y a no disponer su muerte, prisión y confiscación de sus bienes, mientras dichos nobles no fueran juzgados por sus iguales); y en segundo lugar: aparece expresamente en la Quinta Enmienda de la Constitución Política de EE. UU. de 1787 –Carta de Derechos– (la cual prohíbe los juicios repetidos por el mismo delito y los delitos sin el debido proceso legal, así como también, el que una persona acusada no esté obligada a atestiguar contra sí misma).
14. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Ivcher Bronstein, sentencia 06/02/2001) estableció que un debido proceso en general; es decir, en todo nivel o sede, debe observar las garantías procesales mínimas, tales como: los derechos que tiene todo justiciable a: i) acceder a un tribunal, ii) ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, iii) ser juzgado sin demora, iv) derecho de defensa, v) derecho a ser oído, vi) no ser obligado a declarar contra uno mismo, ni confesarse culpable, vii) presentar e interrogar testigos, VIII) un juicio público, IX) una instancia plural, X) una indemnización por error judicial, XI) la igualdad ante la ley y ante los tribunales, XII) ser presumido inocente, XIII) no ser sometido ni condenado dos veces por el mismo delito, XIV) no ser sujeto de aplicación retroactiva de una ley, salvo que esta sea más favorable al reo, XV) ser juzgado por delitos previamente tipificados en la ley. (NOVAK, F. y NAMIHAS, S. 2004, p. 242- 255).
15. La *tutela jurisdiccional efectiva* es la garantía del justiciable a que: I) su accionar o petición judicial sea admitido (tutela judicial), accionar que posteriormente II) sea materializado o resuelto en una sentencia y finalmente, que III) dicha sentencia sea oportuna y debida como efectivamente ejecutada (tutela efectiva).
16. En ese sentido, consideramos que entre debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, existe una marcada diferencia, es decir, mientras que el primero se desenvuelve en el transcurso del trayecto procesal (*íter procesal, específicamente entre la tutela jurisdiccional y la efectividad de la misma*), la segunda, se manifiesta al comienzo (cuando el aparato jurisdiccional ampara la demanda del justiciable-tutela jurídica) y final (al ejecutarse la sentencia debida y oportunamente) de dicho devenir procesal. Ergo, existe entre ellos, una relación muy estrecha. Finalmente, proceso y tutela referidos se complementan, pero no significan lo mismo.
17. Es necesario dejar constancia que el debido proceso (formal y material), conjuntamente con la tutela jurisdiccional efectiva, forman parte de la tutela procesal efectiva (Art. 4 del Código Procesal Constitucional peruano: “[...] Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”).

y mala fe (malicia) procesales, las cuales no hacen más que impedir que el derecho cumpla o alcance su finalidad, desnaturalizándolo; más aún cuando dichas prácticas se ven lamentablemente acrecentadas, hasta cierto punto, incontenibles o inexorables como el tiempo.

Por otro lado, el *debido proceso* es un “*derecho continente*”, pues contiene, agrupa o engloba otros derechos que se encuentran contemplados en una Convención y Convenio Internacional de DD. HH. Así tenemos respectivamente: fue regulado como: I) *garantía judicial* ha sido regulado por el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica 7-22/11/1969), denominada también Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)¹⁸; y además, II) el *debido proceso*, a través del derecho a un proceso equitativo, también fue contemplado por el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales revisado de conformidad con el Protocolo N.º 11, completado por los Protocolos N.º 1 y 6 (septiembre 2003)¹⁹.

El *debido proceso*, además, es reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política peruana, el cual señala: “son principios y derechos de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”.

18. Artículo 8. *Garantías Judiciales*.- 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. (Landa Arroyo, C., 2005, p. 1301- 1302).

19. Artículo 6. *Derecho a un proceso equitativo*.- 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que será considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la convocación e interrogación de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia. (Díaz Revorio, F. J., 2004, p. 947- 948).

Así tenemos que no solamente las *personas naturales* ostentan la titularidad del derecho al *debido proceso* y la *tutela jurisdiccional*, también las *personas jurídicas de derecho privado* (Exp. N.º 0905-2001-AA/TC y N.º 4972-2006-PA/TC), además, lo propio las *personas jurídicas de derecho público* (en efecto, el Tribunal Constitucional peruano –Exp. N.º 1407-2007-PA/TC, 14/08/2008) –recientemente ha sostenido que, estas últimas (es decir, las personas jurídicas de derecho público) son poseedoras de dicha titularidad, incluso en la etapa prejurisdiccional a cargo del Ministerio Público.

Asimismo, es preciso recordar que el debido proceso detenta tres modalidades: I) “jurisdiccional” que garantiza un proceso debido a nivel judicial, arbitral, militar y comunal; II) “administrativo” que garantiza lo propio en sede de la Administración Pública, y III) “corporativo particular” que garantiza también un debido proceso entre particulares. Igualmente, posee dos dimensiones: I) “adjetiva o formal”, como garante de un desenvolvimiento o desarrollo procesal debido, y II) “sustantiva o material”, como garante de una decisión judicial basada o enmarcada tanto en la razonabilidad y la proporcionalidad; es decir, garantiza una sentencia justa.

Empero, el *debido proceso* desgraciadamente se desnaturaliza o enturbia sobremanera, cuando somos testigos que fenómenos como la malicia y la temeridad procesales hacen su permanente y nefasta aparición en él. Es más, dichos fenómenos del proceso no solo se han limitado a elevar su incidencia (así como su correspondiente cuota de perjuicio en los procesos²⁰), en las ramas procesales tradicionales, tales como: el derecho procesal civil²¹ (derecho procesal raíz o matriz, originario o primigenio -dado que de él nacen o adoptan su estructura los demás derechos procesales no únicamente peruanos-), derecho procesal penal, derecho procesal laboral, derecho procesal registral, derecho procesal notarial, entre otras, sino que han ingresado también a manifestarse y ganar terreno (cada vez más) en las nuevas, novedosas y recientes, tales como: el derecho procesal empresarial, derecho procesal constitucional, derecho procesal administrativo, derecho procesal deportivo, derecho procesal electrónico, derecho procesal regulador, derecho procesal global, derecho procesal ambiental, derecho procesal penal económico, derecho procesal internacional, derecho procesal comercial, derecho procesal tributario aduanero, derecho procesal societario, derecho procesal marcario, entre otras.

Así, tenemos que con mucha razón se indica que en el proceso judicial, la miseria humana aflora patética y muy diligente, no solo por la corrupción de las personas servidoras de justicia, sino también por la actuación de las partes, desde los actos dilatorios, hasta demandas maliciosas, soslayando los letrados en su mayoría, el compromiso ético y deontológico para consigo mismos, con la abogacía, con las personas patrocinadas, con sus pares, con los magistrados y las magistradas, con la entidad gremial, con la majestad del derecho y, finalmente, con la sociedad en su conjunto.

20. A propósito de procesos, es necesario citar a Guido Águila Grados (co director de la Escuela de Graduados Águila Calderón–EGACAL) el cual señaló:– en el Diplomado taller al alta especialización jurídica “Perfil académico para la Magistratura, con mención en Teoría del Derecho y Teoría General del Proceso” (11/10/2008– 06/12/2008), – que los únicos procesos judiciales existentes en el derecho peruano son: *el civil, el penal, el constitucional, el laboral, el contencioso administrativo, el único, el de filiación extramatrimonial y el de pérdida de dominio*. Águila Grados, considera, además, que el proceso *cautelar* no existe (lo que sí existe es la *providencia cautelar*), y continúa afirmando que no es proceso cautelar porque: I) no existe bilateralidad previa de la instancia; II) no pretende la satisfacción de un derecho, solo busca asegurar el efectivo cumplimiento de una sentencia; III) no tiene autonomía, depende de un proceso principal, y IV) en ningún caso podrá adquirir la calidad de cosa juzgada.

21. El derecho procesal civil peruano es correspondiente con la perjudicial corriente procesal decisionista (que se caracteriza por ejemplo, por facultar al magistrado poder legalmente –más no legítimamente– solicitar prueba de oficio). La misma es opuesta a la corriente jurídica procesal garantista.

Así, tenemos que con mucha razón se indica que en el proceso judicial, la miseria humana aflora patética y muy diligente, no solo por la corrupción de las personas servidoras de justicia, sino también por la actuación de las partes, desde los actos dilatorios, hasta demandas maliciosas, soslayando los letrados en su mayoría, el compromiso ético y deontológico para consigo mismos, con la abogacía, con las personas patrocinadas, con sus pares, con los magistrados y las magistradas, con la entidad gremial, con la majestad del derecho y, finalmente, con la sociedad en su conjunto.

Estos graves y anómalos comportamientos del día a día abogadil, con el único fin de perjudicar a la contraparte o a personas terceras, se presentan con gran frecuencia en el proceso, obstruyendo la impartición de justicia. Así abordamos en el presente trabajo los temas de la temeridad y malicia (absolutamente contrarios a la justicia y al derecho) en el proceso civil desde amplias perspectivas doctrinales, legislativas y jurisprudenciales, analizando sus orígenes, identificando ambas figuras que no solamente se presentan y son latentes en el Estado peruano, y desarrollando con rigor académico, su problemática en la actualidad, desentrañando las causas de su comisión y sugiriendo derroteros y pautas para su aminoramiento.

Huelga acotar que el presente artículo cobra especial y gravitante relevancia, porque presenta una naturaleza bifronte, ya que, curiosa y preocupantemente (por decir lo menos), no solamente muy pocos autores del orbe no han abordado dichos temas, sino que además quienes han arribado a dicha empresa no la han asumido en dicho nivel y línea de investigación, profundidad de análisis, así como de cosmovisión múltiple.

Ingresemos, pues sin más preámbulos a desentrañar lo relacionado a las hartamente debatidas (cuasi superficialmente), combatidas y, en su momento, permitidas, taras jurídicas procesales (como la malicia –mala fe– y temeridad), las cuales amenazan seriamente a convertirse en los flagelos jurídicos más perjudiciales de la presente era contemporánea.

II. De lo correcto a lo incorrecto

Los efectos de la temeridad y malicia (mala fe) procesales generan que el derecho se distorsione, de emblemático a paradójico, tal como lo da a entender Fernando De Trazegnies:

En la Europa del siglo XI, las primeras Universidades se fundan para enseñar Derecho. Y, evidentemente, esto no es una casualidad, no es un azar cultural: las Universidades nacen con miras al Derecho, porque a su vez el Derecho era visto entonces como un modelo de pensamiento riguroso... los estudiantes no acudían a formarse como juristas, sino como hombres; o quizá, creían que formándose como juristas eran hombres más completos (El Mundo, octubre 1994). (Valdivia Cano, J. C. 1998, p. 65).

En ese sentido, es preocupante el cambio de rumbo o dirección –en sentido contrario, diríamos de la corrección a la incorrección– del sentido de la profesión de abogada o abogado; es decir, que mientras en sus inicios era ciertamente auspicioso, con el transcurso del tiempo se deformó o se inclinó a favor (aunque no mayoritaria, pero cada vez en aumento) de la temeridad y malicia (mala fe) procesales. Sobre todo cuando de la denominación misma del área de estudio, conocimiento o saber del abogado o de la abogada (derecho²²)

22. En: I) inglés: law, right; II) francés: droit. III); alemán: gerade, rect; IV) portugués: directo; V) italiano: dititto, etc.

se puede desentrañar sus significados o acepciones básicas (recto, correcto) que aluden a lo sensato, justo, razonable, honesto, legal, lícito, procedente que debe lógicamente caracterizar a la quintaesencia de la abogacía, como lo fue en sus inicios y debe continuar siéndolo.

Pero, es más preocupante aún si tomamos en cuenta que el proceso se ve desnaturalizado por el litigio malicioso o abuso del derecho de litigar (así, con mucha razón es hartos sabido –en el Orbe– que comúnmente en el proceso aflora y se desenvuelve campante lo más oscuro y retorcido de la miseria humana). Más aún cuando quienes violentan o violan el proceso reclaman que sus argucias ilegítimas sean accedidas en nombre de la vigencia y la defensa misma del debido proceso.

Así, el juez o la jueza de la causa, en el ejercicio de su función de persona administradora de justicia y defensora de la corrección del proceso, no puede permitir que las partes, por cualquier medio o modo, festinen el proceso. Dicho en otros términos, el magistrado o la magistrada es y tiene que comportarse como garante del fiel cumplimiento del debido proceso en el juicio.

Además, las partes, los y las profesionales en Derecho deben tomar en cuenta que, al hacer fraude, estafa o incorrección en el proceso, o accionar con temeridad procesal, no solo incurren en abuso del derecho, sino que también vulneran las atribuciones y majestad del juez o de la jueza, los derechos de la parte contraria, y también, por si fuera poco, el debido proceso.

La actuación procesal racional colabora facilitando la finalidad buscada por el o la accionante. Una actuación procesal irracional minimiza o lo conculca, perjudica o destruye. Se debe combatir la irracionalidad procesal usada tanto para dilatar el proceso, como también para evitar la imposición de una sanción. El o la litigante que varía o frustra el fin del ordenamiento procesal acciona desviadamente; genera la desnaturalización del mismo, además de incurrir en inconstitucionalidad e irrazonabilidad. En ese sentido: “toda irrazonabilidad es inconstitucional [...] la regla de razonabilidad marca un límite más allá del cual, la irrazonabilidad implica una violación a la Constitución”. (Bidart Campos, G. J., 1968, p. 238).

III. Acerca de la temeridad procesal

La temeridad procesal “consiste en la conducta de quien deduce pretensiones o defensas cuya inadmisibilidad o falta de fundamento no puede ignorar con arreglo a una mínima pauta de razonabilidad, configurándose, por lo tanto, frente a la conciencia de la propia sin razón”. (Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, 1992, p. 393).

La temeridad no es otra cosa que una acción, en este caso, actuar procesal que desborda lo normal, lo razonable y lo debido, así como ataca valores morales de la persona demandada quien se ve obligado a defenderse, si es que lo puede hacer sobre afirmaciones tendenciosas. Sin embargo, quien acciona defendiéndose, aunque sea claro conocedor de su culpabilidad, no puede ser calificado de temerario, ya que es lícita la búsqueda de un resultado atenuado o –por lo menos– en previsión de no ser víctima de un abuso de derecho. (Torres Manrique, J. I., 2009, p. 303-304).

Litigar con temeridad o accionar con temeridad en el juicio es la defensa sin fundamento jurídico. Es la conducta de quien sabe o debe saber que carece de razón y/o falta de motivos para deducir o resistir la pretensión y, no obstante, así lo hace, abusando de la jurisdicción o resistiendo la pretensión del contrario.

La conciencia de no tener razón o el saberse actuando sin poseer de razón legal es lo que condiciona la temeridad. El comportamiento de temeridad se refleja ante el magistrado o la magistrada, a través de toda la actuación en el proceso por lo absurdo, caprichoso, etcétera, de las pretensiones o defensas²³.

Por otro lado, recurrir al tedio, aburrimiento y, en consecuencia, extender o prolongar el tiempo del proceso alegando un sinfín de coartadas, ya sea, enfermedad o viaje con la finalidad de acrecentar la cantidad de los honorarios y, lo que es peor, muchas veces en casos donde se sabe a ciencia cierta que no se podrá ganar son claros ejemplos del actuar temerario a nivel procesal.

La declaración del decano del Colegio de Abogados de Lima, Wálter Gutiérrez, es muy clara y evidente, al señalar que

El 60% de los expedientes que existen en los órganos jurisdiccionales corresponde a procesos chatarras, frívolos, que no tienen fundamento legal o fáctico, pero que son presentados impunemente por abogados inescrupulosos, sobrecargando el sistema y volviéndolo más ineficiente.

La temeridad no es de reciente data, ya que en el derecho romano *la parte vencida era condenada al pago de las costas de la contraria*, tomándose como base la idea de la temeridad en el proceso. Luego, se introdujo *el principio del vencimiento como justificativo del pago total de las costas*.

En ese sentido, tenemos que Piero Calamandrei, en su obra *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, señala en lo referido a ciertas relaciones entre los abogados y la verdad, así como analiza la obligada parcialidad del defensor, en ese sentido refiere: “El abogado, como el historiador, traicionaría su oficio si alterase la verdad relatando hechos inventados [...]”. (Torres Manrique, J. I. 2008, p. 08).

Vemos imprescindible definir los términos “temerario y temeridad”. (Cabanellas, G. 1994, p. 28 -29). En ese sentido tenemos que: I) El primero significa: “imprudente, quien desafía los peligros. Pensamiento dicho o hecho sin justicia ni razón y, en especial, cuando ataca valores morales del prójimo”. II) El segundo constituye una: “acción arriesgada, a la que no precede un examen meditado sobre los peligros que puede acarrear o los medios de sortearlos. Juicio temerario, el formulado sin la debida razón y fundamento.

En lo psicológico y en la resultante vital, la temeridad, alineada en cierto grado en la actitud suicida, cuando el desafío entraña contingencias considerables para la existencia o la integridad física, encuentra móviles desde el interés más egoísta al sacrificio más excelso, ya que corresponde a actuaciones que se escalonan desde la agresión y el despojo delictivo al salvamento del prójimo y a intentos heroicos.

En la esfera jurídica concreta, el litigar con temeridad, sin probabilidad al menos de que la causa pueda triunfar por hechos favorables o argumentos aún débiles que alegar, lleva consigo la condena en costas. En los ordenamientos procesales donde tal medida no se funda, cual exige la responsabilidad civil, el hecho del vencimiento, sin excluir un posible recargo, ya punitivo, por movilizar de mala fe a la justicia”.

23. En ese sentido, consideramos necesario dejar constancia de que el solo hecho de encontrarse en ausencia de razón no significa que se esté en situación de temeridad, pues de ser así toda persona litigante perdedora de una causa sería pasible de sanción; no lo son tampoco el error, ni la ausencia o pobreza de fundamentación de las pretensiones, ni la negligencia, mucho menos la existencia de jurisprudencia obligatoria contraria a la pretensión invocada.

Debemos tener presente que el magistrado o la magistrada, en lo referido a la temeridad procesal, es responsable de súper vigilar el proceso desde dos perspectivas: I) desde el litigio o tema de fondo y II) desde el actuar o comportamiento de las partes. Así lo señaló Eduardo Couture en el Proyecto del Código de Procedimiento Civil uruguayo:

[...] ningún campo es más apropiado que el del proceso para poder efectuar una vigilancia directa sobre la buena fe. Allí está el magistrado que es, simultáneamente, juez del conflicto y juez del proceso. Él discierne, dentro del ámbito del mismo juicio, no solo quien tiene razón, sino también como se han comportado los que pretenden tener razón [...].

IV. Sobre la malicia procesal

Además, es importante precisar o tener en claro los significados de temeridad y malicia. Así, tenemos que

I) La primera, consiste en la conducta de quien sabe o debe saber su mínima razón para litigar y, no obstante, lo hace, abusando de la jurisdicción; y II) La segunda, se configura en cambio, por el empleo arbitrario del proceso o actos procesales, en contraposición a los fines de la jurisdicción, con un objeto netamente obstruccionista. Abusa y agrede a la jurisdicción. (Maurino, A. L., 2001, p. 41).

Malicia procesal es

la utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto (inconducta procesal genérica) o aisladamente cuando el cuerpo legal los conmina con una sanción específica (inconducta procesal específica), y el empleo de las facultades que la ley otorga a las partes, en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe. (Gozaini, O. A., 1988, p. 69).

Malicia es, por ejemplo, confabular con el notificador para que notifique en un domicilio diferente del que consta en la cédula, con el oscuro propósito de que la persona demandada o notificada pierda sus derechos por la no comparecencia en término al proceso.

La temeridad se evidencia en tanto se vincula con el actuar o proceder procesal de fondo, y la malicia se identifica más bien con la forma valiéndose de lo que está regulado, abusando de ello. Sin embargo, no debemos perder de vista que tanto la temeridad como la malicia –mala fe– (demostrados) en que incurre el o la litigante deben ser sumaria y ejemplarmente sancionadas por el juez o la jueza del proceso.

El legislador peruano no hace referencia expresa al término “malicia procesal” o “malicia” (solo menciona “mala fe”). No obstante, sí lo hace de manera implícita, dado que, por ejemplo, el inc. 6 del artículo 112 del Código Civil peruano advierte: “Se considera que ha existido temeridad o mala fe [...] cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso”. Ergo, la malicia, además de entorpecer, requiere ser “reiterada”.

Al respecto, consideramos que dicho deslinde y precisión son imprescindibles y urgentes de realizarse, así como mostramos nuestro desacuerdo con la exigencia de la reiteración referida para el caso de la mala fe o malicia

procesal. Sin embargo, desarrollamos dichas disquisiciones en el acápite VI –intitulado “El artículo 112 (“no deslindado”) del Código Procesal Civil peruano”–, así como en las reflexiones finales y sugerencias, respectivamente.

Por tanto, hablando en términos “*jurídico deportivos*”, diríamos que la temeridad y malicia (mala fe) procesales son opuestas o antagónicas al *fair play*:

Realización de la actividad deportiva de forma digna sin perjudicar o dañar intereses ajenos, actuando con la mayor rectitud y probidad, con un comportamiento adecuado y esperado; bajo estos lineamientos el deporte debe ser realizado honradamente, sin dañar a la otra parte, presupone justicia, igualdad, lealtad, honestidad, aceptación y respeto al adversario y por las diferencias de cada uno, entre otros valores morales. (Varsi Rospigliosi, E., 2006, p. 19)²⁴.

Consecuentemente, reiteramos que la malicia o mala fe procesal es, en cierta forma, la negación o violación del *fair play* aplicado a lo jurídico.

V. Litigamentario

La aparición del término *temerario procesal* o litigante temerario se produce en los inicios de la *culpa aquiliana* o *extracontractual* de la ley del mismo nombre, y las costas eran una forma de pena civil contra quien, sin razón alguna, ejercitaba una acción o temerariamente se oponía a ella, generándose un daño evidentemente injusto que debía ser definitivamente reparado.

El litigante temerario, denominado por Justiniano “*improbus litigatur*” (contendiente deshonesto, pleitista de mala fe), tiene una naturaleza binomia o bifronte, es decir: I) demanda o se excepciona a sabiendas de su falta de razón o sin motivo valedero, ejerciendo una litigación bizantina, II) activando la prestación de la función jurisdiccional basándose en motivos fútiles, lo que constituye una actualización del supuesto de falta de lealtad o de probidad procesal.

Improbus deviene de *improbe* e *improbe* significa con maldad o perversamente, de modo defectuoso, injusto e irrazonado. Es quien activamente tiende trampas y/o estafas procesales con una subjetividad dolosa, con la finalidad de engañar al juez y derrotar y/o dañar o perjudicar a la parte contraria, recurriendo al uso de medios ilegales y falsos para obtener el resultado propuesto.

Litigar temerariamente es actuar de mala fe con la idea de lograr beneficios con base en mentiras, engaños, ocultar información, etc. Así quien inicia una demanda o interpone una excepción sabiendo que no tiene un mínimo de razón, incurre en temeridad litigante.

Por otro lado, consideramos que proceder maliciosamente en una suerte de <http://www.friasabogados.com.do/El%20Litigante%20Temerario.pdf>

confabulación abogadil consistente en burlar al magistrado o a la magistrada con el propósito de conseguir un beneficio (que no le corresponde legalmente) en la causa y en perjuicio también de la persona patrocinada, muchas veces no solo para ocultar sus errores de patrocinio, sino también para incrementar sus honorarios

24. Consideramos que la vulneración del *fair play law*, en el proceso como tal, deviene, se desnaturaliza o se convierte en not *fair play law*.

de manera ilegal prolongando (la persona demandada que interpone excepciones, defensas y recursos sin fundamentos serios, con la única finalidad de dilatar o entorpecer) innecesariamente un juicio muchas veces cuasi eternamente²⁵, es asumir una conducta procesal de *improbis litigatur*.

Verbigracia, la o el litigante temerario es quien altera el proceso, pues falsifica, corrompe, cambia, cercena, destruye o sustrae la prueba ya incorporada al mismo, o amenaza, coacciona, soborna o engaña a un testigo, porque de esa manera el magistrado o la magistrada probablemente decidiría muy distinto a lo que debiera (a lo justo), obviamente en perjuicio de la parte contraria.

Consecuentemente, el temerario procesal o *"improbis litigatur"* es quien ha actuado indistinta o concurrentemente con temeridad procesal o con malicia (mala fe) procesales. Por ende, consideramos válido utilizar el término *maliciario procesal*, como sinónimo de *temerario procesal*, dado que este último abarca o incluye la temeridad y la malicia (mala fe) procesales.

VI. El artículo 112 ("*no deslindado*") del Código Procesal Civil Peruano

Solo para efectos académicos, abordamos el tema que el legislador peruano (a diferencia de la temeridad procesal) no hace referencia expresa al término: *malicia procesal*. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, sí lo hace, pero utilizando un sinónimo (la mala fe), dado que el inc. 6 del art. 112 del Código Civil peruano advierte: "*Se considera que ha existido temeridad o mala fe [...] cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso*" (el subrayado, resaltado y cursiva son nuestros).

Así, consideramos que la malicia, además de entorpecer el proceso, requiere ser reiterada. Referimos que es la *mala fe* o *malicia* la que se configura con la *reiterancia* mencionada textualmente en el citado artículo, ergo, la temeridad procesal (acto arriesgado, sin razón o fundamento y sin posibilidad de éxito) no significa lo mismo que la *malicia* o *mala fe procesal*, sino que es difícil comportarse reiteradamente como temerario en el proceso.

Empero, como afirmar que la *mala fe* que sanciona el Código Civil peruano significa lo mismo que la *malicia* (o viceversa) no es suficiente, realizaremos la fundamentación requerida. En primer lugar, necesitamos tener a mano el significado de *mala fe* que está relacionado con la maldad, la cual es "una acción mala e injusta", y así también el de *malicia* que es (de forma concisa) "el empleo arbitrario u obstruccionista del proceso". En segundo lugar, tenemos que, en dicha definición última, hay dos términos que se deben desarrollar (arbitrariedad y obstruccionismo). En tercer lugar, tenemos que: 1) *arbitrariedad* implica un "actuar contrario

25. Traemos a colación un emblemático como harto conocido caso (que dicho sea de paso era solo uno de la mayoría de los casos de antaño donde existía una marcada o exacerbada cultura litigiosa, de iniciar y dilatar permanentemente los juicios; específicamente en la plena vigencia del Código de Procedimientos Civiles, porque de cierta forma, el mismo cuerpo legal citado así lo permitía): *Sucedo que un abogado litigante de muy avanzada edad (cuyos casos eran casi los de siempre, porque eran los mismos al margen del avance inexorable de los días, semanas, meses, años...) decide retirarse del ejercicio abogadil, pero ocurre que paralelamente su nieto se titulaba de abogado, entonces decide dejarle en vida sus casos (increíblemente en esos tiempos dejar en herencia los casos de los letrados era una costumbre muy aceptada y admirada) pero no tomó en cuenta que su colega y nieto, diligente, pujante, de sangre nueva, imbuido e identificado con las nuevas tendencias jurídicas, culminaría con los mismos en meses. Pero grande fue su desconcierto, cuando lejos de obtener una felicitación de parte de su abuelo, recibió a cambio una severa llamada de atención y casi al borde de las lágrimas le increpó: "¡Nieto de mi corazón, en ti están puestas las esperanzas de la familia, sin embargo, hondo es mi pesar, porque veo cómo nos defraudas clamorosa y desfachatadamente, porque los casos que dejé fueron los que atesoré y dilaté por décadas, es más, fueron mi prestigio, estatus y nuestro sustento. Ahora mi preocupación está en que encuentres o que busques a qué te vas a dedicar para poder subsistir, si como abogado litigante no sirves!".* Nótese el marcado comportamiento cuya relación con el tema del presente trabajo es muy notorio, como preocupante y reflexivo.

a lo justo, caprichoso o engreído”, y II) *obstruccionista* nos habla de “dificultar, entorpecer, impedir, retardar o dilatar”. En cuarto lugar, tenemos que la maldad es un acto malo o injusto, así como también la arbitrariedad y el obstruccionismo denotan injusticia. En quinto lugar, consecuentemente, tenemos que mala fe y malicia son sinónimos.

Ahora, tomando como premisa dicha sinonimia (*entre mala fe y malicia procesales*) y, dado que el art. 112 del Código Civil peruano no menciona textualmente (como ya indicamos) *la malicia*; pero sí la menciona, diremos, utilizando un sinónimo: *la mala fe*.

Pero el asunto no acaba ahí, va mas allá, porque en dicho artículo (que tiene siete incisos), el término *mala fe* solo es nombrado en el encabezado o inicio del mismo; consecuentemente, no precisa cuáles incisos están referidos a la temeridad y cuáles a la mala fe o malicia.

En ese sentido, utilizando las consideraciones y precisiones conceptuales anteriormente expuestas, realizamos los deslindes necesarios de los siete incisos que contiene el art. 112 del Código Civil peruano, el cual solo se limita a indicar “se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos”:

- I) “Inc.1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio”.
Consideramos que el presente inciso está referido a la temeridad procesal.
- II) “Inc. 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad”.
En este inciso, para nosotros, está dando a conocer la temeridad procesal.
- III) “Inc. 3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente”. Nuestro punto de vista es que este inciso se refiere a la temeridad procesal.
- IV) “Inc. 4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos”.
Este inciso es considerado por nosotros como malicia o mala fe procesal.
- V) “Inc. 5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios”.
El presente inciso, para nosotros, está avocado a la mala fe o malicia procesal.
- VI) “Inc. 6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; y” Este inciso, a criterio nuestro, es correspondiente con la malicia o mala fe procesal.
- VII) “Inc. 7. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación” (Inciso agregado por el Artículo 2 de la L. N° 26635, en fecha 23-06-96).
Este inciso, es a nuestra consideración, conteste con la mala fe o malicia procesal.

VII. Temeridad y malicias vs. principios procesales

En primer lugar, tenemos que la temeridad y la malicia procesales se identifican con la farsa, con la estafa en el proceso, con la ilegalidad y con el abuso del derecho. En consecuencia, son totalmente contrarias a los principios procesales que salvaguardan los derechos de las partes y de personas terceras, principios que pueden entenderse a nivel genérico o específico; es decir, ya sea a nivel de un proceso constitucional u ordinario.

No obstante, en segundo lugar respecto de los principios procesales, Hernando Davis Echandía afirma la importancia de los principios de la buena fe y la lealtad procesales (Davis Echandía, H. 1984, p. 46). (Este último, denominado también, principio de moralidad (Morales Godo, J. 2005, p. 44) y principio de conducta procesal (Espinoza Zevallos, R. J., 2005, p. 396):

La ley procesal debe sancionar la mala fe de las partes o de sus apoderados, estableciendo para ello severas medidas, entre ellas la responsabilidad solidaria de aquellas y éstos, y el juez debe tener facultades oficiosas para prevenir, investigar y sancionar tanto aquella como el fraude procesal.

En ese sentido, no se puede accionar, en sede judicial, con temeridad y/o malicia procesales, si se es respetuoso de los principios señalados, ya que la malicia y la temeridad procesales son totalmente opuestas o antagónicas respecto de los principios de la buena fe y la lealtad procesales.

VIII. Temeridad y malicia procesales en la literatura

Nadie como Carlos Ramos Núñez para deleitarnos magistralmente al recorrer los pasajes de diversas como no pocas obras literarias asociadas al mundo jurídico. En efecto menciona la obra “*El tigre blanco*” de Alonso Cueto:

*El inescrupuloso Carranza resumía su práctica profesional en una frase peruana muy extendida entre quienes corrompen y quienes se dejan corromper: ¿cómo arreglamos? La expresión supone un tácito entendimiento entre los interlocutores que dan por sentado que, **no obstante cualquier impedimento legal o ético, llegarán a un acuerdo que los sustraiga de la norma.** (Ramos Núñez, C., 2007, p. 46). (El subrayado, resaltado y la cursiva son nuestros).*

La frase peruana (en forma interrogativa) referida anteriormente delata o da a entender que la misma se convierte en un agujero negro donde lógica y lamentablemente se entiende que tienen cabida tanto la temeridad como la malicia procesales y más, por decir lo menos.

IX. Teoría del abuso del derecho

9.1. Definición

Esta teoría refiere que cuando se acciona procesalmente con mala fe (malicia) y/o temeridad, se incurre en abuso del derecho, es decir, se comete dicho abuso debido a la utilización del derecho de una manera indebida, anormal, innecesaria, excesiva, perversa, injusta, desmedida, transgresora, antifuncional, impropia o inadecuada.

Cabe dejar constancia que generalmente dichas inconductas perturbadoras del proceso (que son producto del uso irregular, exagerado e ilimitado de un derecho subjetivo) no son abiertamente antijurídicas y requieren, en consecuencia, una súper vigilia minuciosa y permanente del proceso.

Por otro lado, señalamos que el referido acto denominado o calificado como abuso atenta o es contrario al análisis económico del derecho y a la sociedad, al margen de ser abiertamente alejado de la finalidad de la ley, legalidad y justicia.

Gonzalo Fernández de León (p. 45) explica que

desde el punto de vista jurídico, abuso es el hecho de usar de un poder o facultad, aplicándolos a fines distintos de aquellos que son ilícitos por naturaleza o costumbre.

Así también, Couture define al abuso del derecho como una forma excesiva y vejatoria de acción u omisión de parte de quien, so pretexto de ejercer un derecho procesal, causa perjuicio al adversario, sin que ello sea requerido por las necesidades de la defensa. (Couture, E. J. 1983, p. 61).

Para Raúl Chanamé Orbe, el abuso del derecho es una

figura por la cual, se ejerce un derecho fuera de la finalidad para la que fue concebido, atropellando un interés legítimo, aún no protegido jurídicamente. Cuando el titular de un derecho lo ejerce con el fin de dañar a otro, no necesariamente con el fin de beneficiarse. (Chaname Orbe, R., p. 57).

Luis Ribó Durand, refiere acerca del abuso del derecho como

[...] la posibilidad de que un sujeto de derecho, al hacer uso del poder jurídico que conlleva el derecho subjetivo del que es titular, ejercite dicho poder de forma antisocial. (Ribó Durand, L., 1987, p. 04).

Henri Capitant entiende que el abuso del derecho es un

acto material o jurídico dañoso, que sería considerado lícito si se atendiese a un examen objetivo y formal de él, pero que es ilícito porque el titular del derecho lo ejerce con la intención de perjudicar a otra persona (proceso vejatorio). (Capitant, H., 1986, p. 07).

Pedro Adrián Infantes Mandujano advierte que el abuso del derecho consiste en la

ilicitud de ejercer una facultad, potestad, derecho mas allá de lo permitido moral o legalmente, también aprovecharse de una situación u objeto con la misma finalidad. El abuso puede ocasionarlo una persona teniendo como base un hecho lícito pero con finalidad ilícita [...] que se sale de los límites de la justicia, la equidad, la ley y la razón. (Infantes Mandujano, P. A., 2000, p. 31-32).

Se debe señalar que el proceso evolutivo de la aceptación o reconocimiento de la conducta procesal abusiva o excesiva como tal ha sido motivo de arduas y encendidas discusiones entre: I) la doctrina procesal liberal individualista y II) su homóloga contemporánea, donde la primera alegaba que no había motivo de positivizarla, ya que sus efectos únicamente tenían que ser aceptados so pretexto del deber de asumir el costo del proceso, y a su vez, la segunda abogaba por la necesidad de proscribir dicha conducta procesal, vía prohibición y sanción legal.

Ganadora de dicha confrontación, la segunda resultó faustamente triunfante, es decir, la contemporánea/moralizadora del proceso propia de la escuela eficientista del proceso civil, además de contener un loable propósito jurídico social solidario.

Por otro lado, consideramos, respecto del *nomen juris* "abuso del derecho" que las denominaciones más apropiadas son: "abuso del proceso", "abuso en el proceso" o "abuso de los derechos procesales", dado que si bien es cierto que lo que se persigue es modificar, prolongar o postergar –sacando ventaja de manera ilegítima– la sentencia o sus efectos, para tal propósito, se hace uso abusivo de inconductas a nivel procesal.

Señalamos que el abuso del derecho se presenta como opuesto o antagónico al principio de la proscripción del abuso del proceso –este principio se fundamenta en el deber de lealtad, probidad y buena fe procesales– y es el producto de la consecuencia de la temeridad procesal. Dicha dañosidad (probada) se efectiviza al limitar la aplicación de la finalidad del derecho que es la justicia. Así, el invocamiento de Piero Calamandrei –en su momento– acerca del insoslayable retorno de la priorización de la justicia en el proceso corrobora lo dicho.

Cabe aclarar que la ausencia de intervención o denuncia oportuna de inconductas procesales conllevará a su convalidación, y su advertimiento debe arribar a la eventual nulidad de las mismas, además de las responsabilidades civil, penal y administrativa en que incurre el sujeto del proceso abusivo del derecho. Así también, se debe tener en cuenta que la sanción al abuso del derecho debe ser entendida y aplicada con una naturaleza excepcional y no prioritaria o generalizante, ya que básicamente desvirtuaría su función correctiva.

9.2. Naturaleza Jurídica

Es curioso, por decir lo menos, el amplio abanico de teorías que postulan argumentos para intentar determinar la naturaleza jurídica del abuso del derecho, lo que nos da una idea muy clara de la dificultad y amplitud para arribar a dicha empresa. Inclusive, actualmente la doctrina aún no es conteste respecto de la precisión de la uniformidad de su naturaleza jurídica.

En ese sentido, Abraham Luis Vargas (2001, p. 296- 297), citando a Ival Rocca, enumera una serie de teorías que reclaman para sí la exclusividad de adjudicación de la naturaleza jurídica del abuso del derecho: I) del acto sin derecho, II) del exceso ilegítimo, III) de la extralimitación, IV) del acto ilícito, V) de la culpa, VI) del dolo genérico, VII) del dolo intención de perjudicar, VIII) del dolo intención de beneficiarse, IX) del dolo intención antisocial, X) del exceso de destino, XI) del interés, XII) del enriquecimiento sin causa, XIII) de la mala fe, XIV) del riesgo creado, y XV) del fin económico social.

9.3. Origen y Evolución

Si bien es cierto que la teoría del abuso del derecho fue ideada en el derecho romano en respuesta a la utilización ilimitada del derecho subjetivo en el proceso, esta aparece inicialmente en la jurisprudencia francesa. A inicios del siglo XVIII, cuando el Landrecht de Prusia de 1794 se convierte en el pionero de los ordenamientos jurídicos del mundo, en establecer taxativamente el abuso del derecho como principio, esta teoría pasa a positivizarse en las legislaciones europeas y latinoamericanas, principalmente, y no logra ser incluida aún en el derecho del *commun law* (donde utilizan la teoría de los actos ilícitos o la indebida interferencia en los intereses ajenos para combatir el abuso del derecho).

Por otro lado, tenemos que la jurisprudencia del antiguo derecho francés aplicó en numerosos casos el principio del abuso malicioso (Bustamante Alsina, J. 1992, p. 439).

Luego, el Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, denominado también *BGB*) señaló: “el ejercicio de un derecho es inadmisibles cuando solo puede tener por fin dañar a otro”, y fue refrendado por su correspondiente par adjetivo (*Zivilprozeßordnung*, conocido también como *ZPO*) al establecer la posibilidad del magistrado o de la magistrada de derivar argumentos de prueba de la conducta procesal de las partes atendiendo al contenido íntegro de los debates.

Posteriormente, también hicieron lo propio sus pares civiles suizo, soviético, peruano, italiano, entre otros. En ese sentido, tenemos que recientemente la Constitución peruana (1993) cuasi incluyó en su texto la prohibición

del abuso del derecho, en su artículo 103 in fine. Es así cómo progresivamente el abuso del derecho demuestra claramente su avance desde la doctrina, pasando por la jurisprudencia, para finalmente lograr positivizarse.

Este proceder procesal anómalo (abuso del derecho)

supone el ejercicio de un derecho subjetivo excediéndose de sus naturales y adecuados límites, lo que genera perjuicio a terceros, sin utilidad alguna para el titular [...] es famosa la tesis de Calvo Sotelo, que preparó para la posteridad el terreno a la no menos destacada sentencia del Tribunal Supremo español, del 14/02/1944 que modificó el criterio- de "quien ejercita su derecho no daña a nadie"-, a partir de cuyo momento, ya acogiendo unas veces un criterio objetivo, ya en otras, el subjetivo, se instauró una corriente judicial de sanción al abuso; preparando así el terreno para la posterior incorporación de la condena del abuso del derecho en el Código Civil español. (Palés, M., 2002, p. 38-39).

9.4. Sujetos que incurren en abuso del derecho

Consideramos que pueden incurrir en uso abusivo del proceso la totalidad de los sujetos procesales:

- I) **Las partes.** Cuando solicitan o reclaman derechos inexistentes o ilegales o al quejar indebida o infundadamente a un magistrado o una magistrada ante la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA). (En este tipo de quejas incurren también no pocos profesionales en derecho).
- II) **El abogado o la abogada**²⁶. A través de la interposición de recurrentes medidas cautelares, el planteamiento de ilegales recusaciones, accionar judicialmente a través los recursos más perjudiciales para la parte contraria, de quebrantamiento de procesos, reclamar un derecho sin haber agotado la vía previa, interposición de recursos de todo y por todo con el evidente propósito de dilatar o impedir la finalización del proceso o la ejecución de una sentencia.
- III) **Los auxiliares jurisdiccionales.** Mediante el ocultamiento de documentos.
- IV) **Los notificadores.** Al notificar en lugar distinto a la verdadera dirección de la otra parte.
- V) **Las personas terceras.** A través de inconductas procesales de peritos y peritas.
- VI) **El juez y la jueza.** Al correr excesivamente traslados a la partes, excesivo rigor en la formalidad al rechazar recursos o declarar nulidades recurrentemente, admitir o rechazar medios probatorios abiertamente procedentes o improcedentes respectivamente, incurrir en morosidad judicial injustificada o no sancionar (omisión cuasi cómplice) el accionar procesal abusivo de cualquiera de los sujetos señalados.

9.5. Formas Para determinar dicho abuso

Contamos con tres parámetros, maneras, modalidades o criterios para establecerlo:

- I) **Subjetiva.** Mediante la cual el sujeto del proceso ejercita una conducta procesal abusiva con clara intencionalidad o culpa de dañar a otra persona.
- II) **Objetiva.** En esta modalidad, el sujeto procesal acciona abusivamente en el proceso consiguiendo violar, eliminar, modificar o afectar la finalidad del derecho.

26. Sin embargo, por obvias razones, es preciso tomar en cuenta que no es sencillo establecer una clara, precisa o exacta diferencia o línea divisoria entre los actos o conductas temerarias o de mala fe de las partes, los abogados y las abogadas.

III) Ecléctica. Considera que el sujeto procesal comete abuso del derecho al querer (y lograr) perjudicar a otra persona o al distorsionar/ desbordar el fin del derecho. En otros términos, el presente criterio ecléctico o mixto considera la simultaneidad o concurrencia de las anteriores modalidades descritas.

9.6. Efectos del abuso del derecho

Respecto de los efectos que se generan como consecuencia de la aplicación o acción comisiva del abuso del derecho o procesal, Juan Alberto Rambaldo (2001, p. 227) nos da luces al acotar que

Es lógico que varíen los efectos de la comisión del abuso procesal, según:

- I) La oportunidad en el que el mismo se cometa (antes o durante el proceso),
- II) El tiempo en que se hubiese tomado conocimiento de la realización del acto abusivo,
- III) La magnitud y,
- IV) La reparabilidad del daño causado.

X. Costas, Costos, Multas, Responsabilidades y Sanciones

10.1. Costas

Según el Código Procesal Civil peruano (art. 410), las costas están constituidas por I) las tasas judiciales, II) los honorarios de los órganos de auxilio judicial y III) los demás gastos judiciales realizados en el proceso.

La costas o gastos son de aplicación a la parte vencida (se aplican de oficio), tanto como los costos, pueden ser convenidos por las partes cuando el proceso concluye por transacción o conciliación. Notificadas las costas, deben ser canceladas de manera inmediata; caso contrario, se podrán cobrar por la vía forzosa.

Hugo Alsina (1961, p. 523) indica que

en los inicios del antiguo derecho romano no se conocían las costas, cada litigante abonaba sus propios gastos [...] tampoco se conocieron en Francia hasta la edad media, en que se comenzó a aplicar una multa a quien sucumbía en el pleito, de donde derivó la costumbre.

El maestro Chiovenda (2004, p. 11) manifiesta:

la máxima de que el vencido ha de pagar necesariamente al vencedor los gastos o costas del juicio corresponde ya a la última fase del derecho romano. Anteriormente la condena en costas, no se imponía sino al vencido temerario, entendida la *temeritas*, al igual que la *calumnia*, como consecuencia de lo injusto. En días más remotos aún no tenía lugar el reembolso de gastos entre las partes contendientes, pues quedaban a cargo del vencedor y del vencido, a no ser que uno de ellos tuviera derecho a exigirlos de un tercero ajeno al pleito, pero responsable de él.

Para Jaime Guasp (1998, p. 527):

las costas son una parte de los gastos procesales: una *species* de un *genus* más amplio que abarca todos los desembolsos de carácter económico que el proceso puede producir.

Según explica Pedro Sagástegui Urteaga (2003, p. 746):

la expresión costas tienen varios sentidos: I) Cantidades fijas e inalterables que se adeudan al Estado con ocasión del proceso II) Condena accesoria impuesta en sentencia por su conducta procesal III) Indemnización a cargo de la parte vencida en proceso civil a favor del vencedor, cuando el juez condena al resarcimiento de esa parte de los gastos causados IV) Es propio de los sistemas del civil law. En el derecho anglosajón se denomina expensas o fees.

Por otro lado, Raúl Chanamé Orbe (2002, p. 269) refiere que las costas son:

gastos ocasionados a las partes litigantes con ocasión del proceso judicial, que se cuantifican en un valor económico. Las costas son: I) procesales (actuaciones y diligencias) y II) personales (honorarios de abogado, etc.).

Henri Capitant (1986, p. 171) señala:

costas es el conjunto de gastos tasables efectuados por las partes en el curso o con ocasión de un juicio y que constituyen el objeto de una condena especial en el fallo; en principio se ponen a cargo de la parte vencida.

10.2. Costos

Couture indica (p. 186-187):

los costos son 1.- Cantidades variables que como los honorarios profesionales, se adecuan a los que prestan servicios a los litigantes o a la justicia. 2.- Condena accesoria que el juez impone a quien ha litigado con malicia que merece la nota de temeridad, o en los casos en que es preceptiva por disposición de la ley. 3.- Indemnización que debe el vencido al vencedor cuando el juez, por ministerio de la ley o por apreciación de la conducta de aquél en juicio, condena al resarcimiento de esa parte de los gastos causídicos.

10.3. Multa

Se encuentra constituida por una sanción económica con la singularidad de estar destinada a ser ingresos propios del Poder Judicial. Sin embargo, a diferencia de las costas, la exoneración de la misma no está regulada. En consecuencia, se entiende que el juez o la jueza debe ponderarla debidamente para no ocasionar angustias económicas excesivas en la parte vencida.

Henri Capitant (p. 382) afirma que multa de procedimiento

es una multa considerada, a menudo como una variedad de la civil, y cuya función es asegurar el juego regular de un procedimiento, ya sea obligando a cumplir una formalidad o previniendo el ejercicio abusivo de un recurso.

Antiguamente las costas importaban una suerte de prohibición de imponer otra sanción como sería la condena a pagar un resarcimiento suplementario (multa). No obstante, en la actualidad es casi de común aceptación en el derecho latinoamericano que contempla a su vez la temeridad procesal. Así

por ejemplo, el artículo 22 de la Ley colombiana 446 de 1998 establece lo relacionado a la imposición de multas por entorpecer el normal desarrollo del proceso, obstruir la práctica de pruebas, entre otros²⁷.

10.4. Responsabilidades

La temeridad y la malicia (mala fe) procesales se ubican en el derecho de daños, y se ocasionan consecuentemente daños en todos los sujetos de un proceso judicial, aunque mayormente en la persona demandante y la demandada.

El o la litigante que incurre en temeridad y/o malicia (mala fe) procesales abusa del derecho en perjuicio de la contraparte y/o personas terceras; consecuentemente, es responsable por dicho acto a nivel civil, penal y administrativo.

Pero, cabe señalar que el daño que ocasiona es un daño material y no moral. Además, incurren en temeridad y malicia procesales quienes hayan actuado de manera dolosa, fraudulenta y no por culpa. Es decir, tienen que haber obrado con plena conciencia y voluntad de querer hacerlo. Así, traemos a colación el inciso 5 del artículo 50 del Código Procesal Civil peruano, el cual indica: *“son deberes de los jueces en el proceso: sancionar al abogado o a la parte que actúe en el proceso con dolo o fraude”*.

10.5. Sanciones

Es importante precisar que los sujetos del proceso que incurren en temeridad o malicia procesales son pasibles de sanciones como la multa. Así, citamos el inciso 1 ab initio del artículo 53 que trata sobre las facultades coercitivas de la persona juzgadora y que en mérito a ellas puede *“imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión”*.

La parte pertinente del inciso del artículo mencionado en el párrafo anterior es aplicable, cuando por ejemplo, el juez o la jueza advierte que se está incurriendo en temeridad o malicia procesales o se pretende hacerlo. Entonces, se les hace saber a la o a las personas responsables y se les conmina a que se abstengan de continuar o se les insiste en dicha actitud, con el apercibimiento de que se les impondría una multa como sanción.

27. “Artículo 22. Multas. Sin perjuicio de otras disposiciones sobre temeridad o mala fe y condena de costas, ni de lo establecido en el artículo 60 de la ley 270 de 1996, en todos los procesos judiciales el juez, magistrado o sala de conocimiento, previa averiguación que garantice el derecho de defensa, impondrá al abogado de la parte respectiva una multa hasta de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales en los siguientes casos: 1. Cuando se utilice el proceso, recurso, incidente o trámite especial que haya sustituido a éste, para fines ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos. 2. Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas. 3. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal del proceso. Contra la providencia que imponga la multa anterior procederá el recurso de reposición. En todo caso, el juez deberá enviar copia autenticada de la misma al consejo seccional de la judicatura, para efectos de la iniciación de la correspondiente acción disciplinaria cuando hubiere lugar a ella. PAR.- La multa a la que se refiere el presente artículo se impondrá sin perjuicio de los poderes correccionales del juez, magistrado o sala que la imponga” (Ley colombiana 446 de 1998 por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991; se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989; se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia).

X. Normatividad aplicable al caso Peruano

Tenemos que en lo que respecta a la exigencia de no incurrir en temeridad y/o malicia (mala fe) procesales, diversos cuerpos normativos del Estado peruano se ocupan de ella, tanto a nivel de la jurisdicción ordinaria (de instancia plural, subjetiva y difusa por constitucionalidad), como la constitucional (de instancia única, de urgencia, objetiva y difusa propiamente dicha), ya sea en sus respectivos títulos preliminares o en su articulado.

Sin embargo, es preciso dejar en claro que si bien es cierto que los temas de la *temeridad procesal y malicia* (mala fe) *procesales* se encuentran contemplados en el Código Procesal Civil peruano de 1993 (artículo 112), también es correcto que dicho ejercicio irregular del derecho no necesariamente figura expresa o no expresamente en el articulado de la totalidad de los demás códigos procesales peruanos (salvo el caso del Código Procesal Constitucional, artículo 56) o leyes orgánicas (salvo el caso, además, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 288).

Empero, no debe significar que el articulado referido a la *mala fe* (malicia) y *temeridad* procesales del Código Procesal Civil referido no debe ser aplicado por los códigos procesales que no lo contemplen, dado que la Primera Disposición Final y Complementaria establece: “*las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza*”.

En consecuencia, lo concerniente a la *temeridad y malicia (mala fe) procesales*, regulado en el Código Procesal Civil peruano, es de aplicación a todos los demás códigos procesales peruanos, salvo que la naturaleza incompatible de alguno(s) lo impida(n).

Por si fuera poco, tenemos que considerar que el Código Civil peruano regula el ejercicio abusivo del derecho –artículo II de su Título Preliminar– (que se debe entender como la consecuencia del accionamiento procesal temerario o malicioso); y más aún finalmente, la Constitución Política peruana de 1993 también contempla el abuso del derecho (artículo 103). Por tanto, si la Constitución Política peruana no ampara el abuso del derecho, este no debe ser amparado por ninguna fuente del derecho peruano, tanto en sede judicial o extrajudicial.

Acto seguido, citaremos el bloque de constitucionalidad²⁸ respectivo:

I) Constitución Política peruana. El artículo 103²⁹ sobre el abuso del derecho.

II) Código Procesal Constitucional peruano. El artículo 56³⁰ sobre las costas y costos.

28. A nuestro entender, el *bloque de constitucionalidad* está compuesto por el conjunto de normas que acompañan y descifran a la Constitución. Este bloque es la resultante de la suma de la Constitución y las normas interpuestas o de desarrollo. Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano señala: “Es pertinente a lo que la experiencia gala del *bloc de la constitutionnalité* nos presenta, y que la Constitución en es un conjunto, con los valores que esta encierra (jurídicos y positivos) sirva como parámetro para entenderla, utilizando al Tribunal Constitucional como elemento trascendente para lograr la pacificación del ordenamiento y de la vida estatal. Este bloque es un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución formal, figura a partir de la cual surge la fuerza normativa de la Constitución, que irradia al todo el ordenamiento jurídico. *Exp. N° 3361-2004-AA/TC, f. 47 (web: 16/12/2005)*”. (Véase García Belaúnde, D. 2009, p. 68- 69).

29. Art. 103, “[...] La Constitución no ampara el abuso del derecho”.

30. Artículo 56.- Costas y Costos.- Si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el Juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada. Si el amparo fuere desestimado por el Juez, éste podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad. En los procesos constitucionales el Estado sólo puede ser condenado al pago de costos. En aquello que no esté expresamente establecido en la presente Ley, los costos se regulan por los artículos 410 al 419 del Código Procesal Civil.

III) Código Civil peruano. El artículo II de su Título Prelimina³¹ refiere acerca del ejercicio abusivo del derecho.

IV) Código Procesal Civil peruano. El artículo IV³² de su Título Preliminar señala los principios de iniciativa de parte y de conducta procesal; el art. 109³³ que trata sobre los deberes de las partes, abogados y apoderados; el artículo 110³⁴ que regula la responsabilidad patrimonial de las partes, sus abogados, sus apoderados y los terceros legitimados; el artículo 111³⁵ que norma la responsabilidad de los abogados; el artículo 112³⁶ que refiere acerca de la temeridad o mala fe; el artículo 410³⁷ acerca de la constitución de las costas; el 411³⁸ respecto de la definición de los costos; el 412³⁹ acerca del Principio de la condena en costas y costos; el 413⁴⁰ sobre la exención y exoneración de costas y costos;

-
31. Art. II (Título Preliminar), "La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso". (Texto según la 1ª disposición del T.U.O. del Código Procesal Civil- D. Leg. 768- autorizado por R.M. 010-93-JUS de 23-04-93.
32. Artículo IV (Título Preliminar).- Principios de Iniciativa de parte y de Conducta procesal.- El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos. Las partes, sus representantes, sus Abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecuan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe. El Juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria.
33. Artículo 109.- Deberes de las partes, Abogados y apoderados.- Son deberes de las partes, Abogados y apoderados: 1. Proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso; 2. No actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales; 3. Abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes en sus intervenciones; 4. Guardar el debido respeto al Juez, a las partes y a los auxiliares de justicia; 5. Concurrir ante el Juez cuando este los cite y acatar sus órdenes en las actuaciones judiciales; y 6. Prestar al Juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales, bajo apercibimiento de ser sancionados por inconducta con una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.
34. Las partes, sus Abogados, sus apoderados y los terceros legitimados responden por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe. Cuando en el proceso aparezca la prueba de tal conducta, el Juez, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal. Cuando no se pueda identificar al causante de los perjuicios, la responsabilidad será solidaria.
35. Artículo 111.- Responsabilidad de los Abogados.- Además de lo dispuesto en el artículo 110, cuando el Juez considere que el Abogado actúa o ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente,
36. Artículo 112.- Temeridad o mala fe.- Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio; 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; 3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente; 4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; 5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios; 6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; y 7. Cuando por razones injustificadas las partes no asistan a la audiencia generando dilación (Inciso agregado por el Artículo 2 de la L. N° 26635, en fecha 23-06-96).
37. Artículo 410.- Costas.- Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso.
38. Artículo 411.- Costos.- Son costos del proceso el honorario del Abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial.
39. Artículo 412.- Principio de la condena en costas y costos.- El reembolso de las costas y costos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración. La condena en costas y costos se establece por cada instancia, pero si la resolución de segunda revoca la de primera, la parte vencida pagará las costas de ambas. Este criterio se aplica también para lo que resuelva la Corte de casación. Si en un proceso se han discutido varias pretensiones, las costas y costos se referirán únicamente a las que hayan sido acogidas para el vencedor. En los casos en que se hubiera concedido.
40. Artículo 413.- Exención y exoneración de costas y costos.- Están exentos de la condena en costas y costos los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales. Están exoneradas de los gastos del proceso las Universidades Públicas, quienes obtengan Auxilio Judicial y la parte demandante en los procesos de alimentos dentro de los límites establecidos en la ley pudiendo ser condenados al pago de costas y costos. También está exonerado quien reconoce o se allana a la demanda dentro del plazo para contestarla.(Artículo vigente conforme a la sustitución establecida por el Artículo 5 de la Ley N° 26846, publicada el 27-07-97). auxilio judicial a la parte ganadora, corresponderá a la vencida el reembolso de tasas judiciales al Poder Judicial. (Párrafo incorporado por el Artículo 7 de la Ley N° 26846, publicada el 27-07-97).

el 414⁴¹ precisa los alcances de la condena en costas y costos; el 415⁴² acuerdo sobre costas y costos; el 416⁴³ desistimiento y abandono en la condena en costas y costos; el 417⁴⁴ liquidación de las costas; el 418⁴⁵ procedencia de los costos; el 419⁴⁶ pago de las costas y costos; el 420⁴⁷ literalidad y destino de la multa; el 421⁴⁸ unidad de pago aplicable a la multa; el 422⁴⁹ liquidación y procedimiento de la multa y 423⁵⁰ pago de la multa.

-
41. Artículo 414.- Precisión de los alcances de la condena en costas y costos.- El Juez regulará los alcances de la condena en costas y costos, tanto respecto del monto como de los obligados y beneficiados, en atención a las incidencias del proceso, fundamentando su decisión.
 42. Artículo 415.- Acuerdo sobre costas y costos.- Las partes deben convenir sobre las costas y costos cuando el proceso concluye por transacción o conciliación, salvo los que no participaron del acuerdo, quienes se someten a las reglas generales.
 43. Artículo 416.- Desistimiento y abandono en la condena en costas y costos.- Si el proceso acaba por desistimiento, las costas y costos son de cargo de quien se desiste, salvo pacto en contrario. Quien se desista de la pretensión paga las costas y costos del proceso. El abandono de la instancia determina la condena en costas y costos del demandante.
 44. Artículo 417.- Liquidación de las costas.- Las costas serán liquidadas por la parte acreedora de ellas, después de ejecutoriada la resolución que las imponga o la que ordena se cumpla lo ejecutoriado. La liquidación atenderá a los rubros citados en el Artículo 410, debiéndose incorporar sólo los gastos judiciales comprobados y correspondientes a actuaciones legalmente autorizadas. Las partes tendrán tres días para observar la liquidación. Transcurrido el plazo sin que haya observación, la liquidación será aprobada por resolución inimpugnable. Interpuesta observación, se conferirá traslado a la otra parte por tres días. Con su absolución o sin ella, el Juez resolverá. La resolución es apelable sin efecto suspensivo. El único medio probatorio admisible en la observación es el dictamen pericial, que podrá acompañarse hasta seis días después de haberse admitido. Del dictamen se conferirá traslado por tres días, y con su contestación o sin ella el Juez resolverá con decisión inimpugnable.
 45. Artículo 418.- Procedencia de los costos.- Para hacer efectivo el cobro de los costos, el vencedor deberá acompañar documento indubitable y de fecha cierta que acredite su pago, así como de los tributos que correspondan. Atendiendo a los documentos presentados, el Juez aprobará el monto.
 46. Artículo 419.- Pago de las costas y costos.- Las costas y costos deben pagarse inmediatamente después de ejecutoriada la resolución que las apruebe. En caso de mora, devengan intereses legales. El pago se exige ante el Juez de la demanda. Las resoluciones que se expidan son inimpugnables.
 47. Artículo 420.- Literalidad y destino de la multa.- La multa debe ser declarada judicialmente precisándose su monto, el obligado a su pago y la proporción en que la soportan, si fueran más de uno. Cuando no se precise se entiende impuesta en partes iguales. La multa es ingreso propio del Poder Judicial. En ningún caso procede su exoneración.
 48. Artículo 421.- Unidad de pago aplicable a la multa.- La Unidad de Referencia Procesal aplicable al pago de la multa, será la vigente a la fecha en que se haga efectivo. En la liquidación que se presente, se citará la norma que fija la unidad de pago.
 49. Artículo 422.- Liquidación y procedimiento.- La liquidación de la multa es hecha por el Secretario de Juzgado y aprobada por el Juez de la demanda. Todas las resoluciones expedidas para precisar el monto de la multa son inimpugnables. Sin embargo, se concederá apelación sin efecto suspensivo si el obligado cuestiona el valor de la Unidad de Referencia Procesal utilizada para hacer la liquidación. Si la resolución es confirmada, el obligado debe pagar adicionalmente una suma equivalente al veinticinco por ciento del monto liquidado.
 50. Artículo 423.- Pago de la multa.- La multa debe pagarse inmediatamente después de impuesta. En caso contrario, devengan intereses legales y su exigencia es realizada de oficio por el Juez de la demanda al concluir el proceso, tan pronto quede consentida o ejecutoriada la resolución que aprueba la liquidación.

- V) Ley Orgánica del Poder Judicial peruano.** El artículo 284⁵¹ que versa sobre la función de la abogacía y derecho de defensa; el artículo 288⁵² que trata sobre los deberes que debe observar el abogado patrocinante; y el artículo 292⁵³ referido sobre la sanción disciplinaria a abogados.
- VI) Código de Ética de los Colegios de Abogados de Perú.** El artículo 5⁵⁴ refiere acerca del abuso de procedimientos de los abogados y el artículo 32⁵⁵ señala lo concerniente al descubrimiento de engaño o equivocación durante el juicio.
- VII) Principios Básicos sobre la Función de los Abogados de las Naciones Unidas⁵⁶.** Los artículos 26⁵⁷ y el 27⁵⁸ tratan sobre las actuaciones disciplinarias de los letrados.
- VIII) Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica⁵⁹.** El artículo 5 que versa sobre la buena fe y lealtad procesal de los partícipes del proceso⁶⁰; y el artículo 35 que contiene lo relacionado a la responsabilidad del tribunal⁶¹.

-
51. Artículo 284.- Función Social de la abogacía y derecho de defensa. La abogacía es una función social al servicio de la Justicia y el Derecho. Toda persona tiene derecho a ser patrocinada por el Abogado de su libre elección.
52. Artículo 288.- Deberes. Son deberes del Abogado Patrocinante: 1.- Actuar como servidor de la Justicia y como colaborador de los Magistrados; 2.- Patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe; 3.- Defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos y las normas del Código de Ética Profesional; 4.- Guardar el secreto profesional; 5.- Actuar con moderación y guardar el debido respeto en sus intervenciones y en los escritos que autorice; 6.- Desempeñar diligentemente el cargo de defensor de oficio, herencia y ausentes, para el que se le ha designado; 7.- Instruir y exhortar a sus clientes para que acaten las indicaciones de los Magistrados y guarden el debido respeto a los mismos y a todas las personas que intervengan en el proceso; 8.- Cumplir fielmente las obligaciones asumidas con su cliente; 9.- Abstenerse de promover la difusión pública de aspectos reservados del proceso aún no resuelto, en que intervenga; 10.- Consignar en todos los escritos que presenten en un proceso su nombre en caracteres legibles y el número de su registro en el Colegio de Abogados, y su firma en los originales, sin cuyos requisitos no se acepta el escrito; 11.- Denunciar a las personas que incurran en el ejercicio ilegal de la abogacía; y, 12.- Ejercer obligatoriamente, cuando menos una defensa gratuita al año, según el reporte que realizase el respectivo Colegio de Abogados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289º de esta ley.
53. Artículo 292.- Sanción disciplinaria a abogados. Los Magistrados sancionan a los abogados que formulen pedidos maliciosos o manifiestamente ilegales, falseen a sabiendas la verdad de los hechos, o no cumplan los deberes indicados en los incisos 1), 2), 3), 5), 7), 9), 11), y 12) del artículo 288. Las sanciones pueden ser de amonestación y multa no menor de una (01) ni mayor de veinte (20) Unidades de Referencia Procesal, así como suspensión en el ejercicio de la profesión hasta por seis meses. Las resoluciones que impongan sanción de multa superior a dos (02) Unidades de Referencia Procesal o de suspensión, son apelables en efecto suspensivo, formándose el cuaderno respectivo. Las demás sanciones son apelables sin efecto suspensivo. Las sanciones son comunicadas a la Presidencia de la Corte Superior y al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo.
54. Artículo 5.- El Abogado debe abstenerse del empleo de recursos y formalidades legales innecesarias, de toda gestión dilatoria que entorpezca el normal desarrollo del procedimiento y de causar perjuicios.
55. Artículo 32.- Cuando el Abogado descubra en el juicio una equivocación o engaño que beneficie injustamente a su cliente deberá comunicárselo para que rectifique y renuncie al provecho que de ella pudiera obtener. En caso de que el cliente no esté conforme, puede el Abogado renunciar al patrocinio.
56. Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) 27/ 08/ 1990- 07/09/1990.
57. Art. 26. La legislación o la profesión jurídica por conducto de sus correspondientes órganos, establecerán códigos de conducta profesional para los abogados, de conformidad con la legislación y las costumbres del país y las reglas y normas internacionales reconocidas.
58. Art. 27. Las acusaciones o reclamaciones contra los abogados en relación con su actuación profesional se tramitarán rápida e imparcialmente mediante procedimientos apropiados. Los abogados tendrán derecho a una audiencia justa, incluido el derecho a recibir la asistencia de un abogado de su elección.
59. Llevado a cabo en Montevideo en marzo de 1988.
60. Art. 5. Buena fe y lealtad procesal.- Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe. El Tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión, y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.
61. Art. 35. Responsabilidad del Tribunal.- Los Magistrados serán responsables por: a) demoras injustificadas en proveer, b) proceder con dolo o fraude, e) sentenciar cometiendo error inexcusable.

XII. Legislación Internacional

- I) **Código de Procedimiento Civil venezolano.** El atentar contra la lealtad y probidad en el proceso es regulado por el artículo 17 en su Título Preliminar que contempla lo referido a su prevención y sanción⁶².
- II) **Código Procesal Civil italiano** (*Códice di Procedura Civile*). Establece acerca del comportamiento de las partes⁶³ en su artículo 116, párrafo 2º.
- III) **Código de Procedimiento Civil boliviano.** En su artículo 4, señala las facultades especiales de los jueces y las partes⁶⁴.
- IV) **Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea**⁶⁵. En el acápite 2.2. de sus Principios Generales, estipula la importancia de la confianza e integridad moral del abogado⁶⁶.
- V) **Código Procesal Civil brasileiro** (*Código de Processo Civil do Brasil o Institui*). En su artículo 17 refiere sobre el litigante de mala fe⁶⁷.

62. Artículo 17.(de su Título preliminar) -El Juez deberá tomar de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendentes a prevenir o a sancionar las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesales, o cualquier acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes.

63. Art. 116, párrafo 2º.- "El juez puede deducir argumentos de prueba de las respuestas que las partes le den según el artículo siguiente, de su rechazo injustificado a consentir las inspecciones que él ha ordenado y, en general, del comportamiento de las partes en el proceso".

64. Art. 4.- Facultades especiales.- Los jueces y tribunales tendrán las siguientes facultades, de oficio o a petición de parte: 1) Declarar la perención de instancia y la rebeldía. 2) Rechazar todo escrito que contuviere expresiones ofensivas para las partes, el juez o la moral, o que no sea atinente al motivo del proceso. 3) Reprimir los incidentes que sólo tendieren a entorpecer o dilatar el proceso. 4) Exigir las pruebas que consideraren necesarias, como exhibiciones, peritajes y juramentos, llamar a los testigos ofrecidos por las partes, efectuar careos y emplear ciertos medios que fueren conducentes al mayor esclarecimiento del proceso. 5) Amonestar a las partes y apercibir a los subalternos. 6) Imponer las sanciones establecidas en este Código. 7) Declarar en oportunidad de dictar sentencia la temeridad o malicia en que hubieren incurrido las partes o profesionales intervinientes.

65. Aprobado en sesión plenaria en Estrasburgo el 28/10/1988, por el Consejo de Abogados de la Comunidad. (En ese entonces era Comunidad y no la de ahora Unión europea).

66. Acápite 2.2. (de sus Principios generales) Confianza e integridad moral. Las relaciones de confianza no pueden existir si existe alguna duda sobre la honestidad, la probidad, la rectitud o la sinceridad del Abogado. Para este último, estas virtudes tradicionales constituyen obligaciones profesionales.

67. Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I- deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II- alterar a verdade dos fatos; III- usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV- opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V- proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI- provocar incidentes manifestamente infundados. VII- interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

VI) Código General del Proceso uruguayo. En su artículo 5, menciona el actuar procesal de mala fe⁶⁸.

VII) Ley de Enjuiciamiento Civil española. El artículo 247 contiene el tema del respeto a las reglas de la buena fe procesal⁶⁹.

VIII) Código Procesal Civil y Comercial argentino. En su artículo 29, aborda el tema de la reacusación maliciosa⁷⁰.

IX) Código de Procedimiento Civil colombiano. Traemos a colación el artículo 73 que regula las costas del proceso de la persona apoderada que actúe con temeridad o mala fe⁷¹.

X. Criterio del Tribunal Constitucional Peruano

Antes de revisar las jurisprudencias del Tribunal Constitucional (TC) en materia de temeridad y malicia (mala fe) procesales, es necesario tener presente que dichos fenómenos tienen como saldo a diez abogados recientemente sancionados por dicho tribunal por promover acciones judiciales sin sentido, con sanciones que van desde la llamada de atención hasta multa pecuniaria. Además, el TC ha demandado a los magistrados del Poder Judicial para que se mantengan alertas ante casos de temeridad procesal que, dicho sea de paso, lamentablemente van cada vez en aumento.

Asimismo, Juan Vergara Gotelli, miembro del TC, precisó que no se puede permitir que los abogados presenten *temerariamente* demandas que no tienen ninguna posibilidad de prosperar: "Ellos deben ser sancionados, porque son los conductores técnicos de la defensa y no deben pretender burlarse de los magistrados ni de sus patrocinados".

A continuación, mencionó dos casos: I) El primero, en el que un abogado presentó una demanda de hábeas corpus para una sociedad anónima. (Cuando es de común conocimiento que dicha acción de garantía solo es para proteger derechos de la persona y no para asociaciones o para empresas). II) El segundo, el de una acción de amparo en la que solicitaron una pensión de jubilación a favor de una persona que no tenía el número mínimo de aportaciones que señala la ley.

68. Artículo 5º. - Buena fe y lealtad procesal.- Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe. El tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.

69. Art. 247. De la buena fe procesal.- Respeto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento. 1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. 2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. 3. Si los tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrá imponerle, de forma motivada, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de treinta mil a un millón de pesetas, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar. 4. Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria.

70. Art. 29. Reacusación Maliciosa.- Desestimada una recusación con causa, se aplicarán las costas y una multa de hasta pesos novecientos mil (\$ 900.000) por cada recusación, si ésta fuere calificada de maliciosa por la resolución desestimatoria.

71. "Artículo 73. (modificado por el decreto 2282 de 1989, artículo 1, numeral 9). Responsabilidad patrimonial de apoderados y poderdantes. Al apoderado que actúe con temeridad o mala fe se le impondrá la condena de que trata el artículo anterior y la de pagar las costas del proceso, incidente, trámite especial que lo sustituya, o recurso. Dicha condena será solidaria si el poderdante también obró con temeridad o mala fe. El juez impondrá a cada uno multa de diez a veinte salarios mínimos mensuales. Copia de lo pertinente se remitirá a la autoridad que corresponda, con el fin de que adelante la investigación disciplinaria al abogado por faltas a la ética profesional".

Es claro también que por más exhaustiva que llegue a ser una investigación y/o aporte doctrinario, siempre llevará una sombra inmisericorde que lo señale, descalifique o condene por no mostrar, abocarse o abarcar también el ángulo práctico o concordar con la realidad referente al tema de investigación (peor aun cuando dicha realidad o lo que acontece en la práctica demuestra ser muy lejana o totalmente diferente a lo expresado). Cuando una investigación muestra el tipo de falencia señalado, es conocida o achacada de no aterrizar o no llegar a aterrizar. Por lo cual, haremos lo propio para evitar caer en dicha limitación en los presentes temas de investigación.

En ese sentido, (dejando constancia que si bien es cierto que la *temeridad y la malicia –o mala fe–* procesales se encuentran reguladas a nivel de jurisdicción ordinaria y también a nivel de jurisdicción constitucional). En la presente oportunidad:

- I) Realizaremos un breve pasaje de veinticinco jurisprudencias del Tribunal Constitucional peruano (TC)^{72 73} referidas a los temas materia del presente trabajo; es decir, del segundo nivel señalado (selección realizada del período 1995- 2007).
- II) De dichas jurisprudencias (para efectos de la presente investigación) –dado que la inclusión del texto completo de las mismas, por su amplitud y cantidad, es obviamente impracticable–, hemos extractado (hemos extraído textual y sistemáticamente, y no hemos resumido o simplemente transcrito de sus respectivas sumillas) para un mejor entendimiento (más concreto, didáctico y ágil), de las partes más relevantes o pertinentes.
- III) Además, cabe agregar que hemos resaltado y subrayado las partes más saltantes de las mismas que inciden más en los comportamientos de temeridad o malicia (mala fe) procesales, como I) en sus respectivas sanciones, que en los temas de fondo de dichas causas.

A continuación, revisaremos y analizaremos individualmente con la finalidad de determinar:

- a) ¿En qué medida el citado tribunal hace distinguos o no al sancionar entre mala fe (malicia) y la temeridad procesales?
 - b) ¿En qué medida dicho tribunal señala o distingue cuáles de los siete incisos del artículo 112 del Código Procesal Civil peruano están referidos a la mala fe (malicia) procesal y cuáles de los mismos son de la temeridad procesal?:
- I) “[...] Que, el recurso de aclaración [...] contiene frases ofensivas que agravan a personas e instituciones de la administración de justicia, afectan los límites mínimos del respeto, prudencia y probidad [...] y a sabiendas que legalmente no procede recurso tendiente a modificar el fondo del fallo... presenta escrito denominándolo recurso de aclaración [...] ha incurrido en temeridad procesal y debe ser objeto de sanción, medida solo aplicable por los jueces, que se orienta a persuadir ponderación a los señores abogados

72. Tal y como lo señala el artículo 139, inc. 20 de la Constitución de 1993, repitiendo así el aserto consagrado en la anterior Carta de 1979, en el sentido que toda persona tiene derecho de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales (con las limitaciones de ley), lo que debe entenderse que no es solo limitado al Poder Judicial, sino también el tribunal constitucional (Véase García p. VII).

73. El Tribunal Constitucional peruano (Exp. n.º 04-2006-AI/TC, f.j.18) ha señalado que el derecho a la crítica de las resoluciones judiciales es el derecho de toda persona de examinar y emitir juicios públicamente respecto de las decisiones que adoptan los jueces en todas las especialidades. Así también, que entre los límites al derecho a la crítica de las resoluciones judiciales, destaca, entre otros, que esta no deba servir para orientar o inducir a una determinada actuación del juez, pues este solo se encuentra vinculado por la Constitución y la ley que sea conforme a esta (p. 726-727).

en el ejercicio de su profesión que deben ejercerlo con probidad y en base a la verdad de los hechos. RESUELVE: Declarar improcedente el escrito de aclaración [...] Suprímase las frases ofensivas vertidas en el escrito [...] Sancionar al abogado [...] con la medida disciplinaria de amonestación debiendo remitirse copias certificadas de los actuados pertinentes al señor Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima, al señor representante del Ministerio Público y al señor Decano del Colegio de Abogados de Lima [...] dispusieron su publicación en el Diario Oficial El Peruano, conforme a Ley". (Exp. n.º 099-95 AA/TC).

Respecto de la presente resolución (Exp. n.º 099-95 AA/TC), señalamos que los términos: I) "a sabiendas" de no poder modificar el fondo del fallo" y II) "presenta escrito" nos dan una clara señal de la comisión de temeridad, como efectivamente lo ha considerado el TC.

"[...] De manera reiterada ha inducido a error a este tribunal [...] Se concluye que el abogado patrocinante de la demandada [...] ha actuado con temeridad y/o mala fe, por lo que resulta pertinente aplicar lo dispuesto en el artículo 111º del mismo Código Adjetivo sobre la responsabilidad de los abogados en el proceso [...] SE RESUELVE: corregir la Resolución de autos [...] conforme a los considerandos 6 y 7 de la presente Resolución [...] De conformidad con el considerando 10, disponer que se cursen las copias certificadas pertinentes [...]". (Exp. n.º 632-2001-AA/TC).

II) En esta resolución (Exp. n.º 632-2001-AA/TC), se aprecia que el "inducir a error" al tribunal es conducta inequívoca de temeridad, ya que se entiende que el actor es consciente de que no tiene razón o fundamento. Sin embargo, no apreciamos la mala fe (malicia) que el TC menciona con que se haya actuado.

Consecuentemente, creemos que para que esto suceda, lo más probable es que el TC no tiene bien claro la diferencia entre mala fe (malicia) y temeridad, ya que parece considerar que ambos son sinónimos; peor aun cuando va más allá al señalar que se incurrió en "temeridad y/o mala fe" (dado que no es lógico afirmar que algo se comporte válidamente como: "esto y aquello" y, a la vez o concurrentemente, es decir, al mismo tiempo, afirmar que ese algo sea también, "esto o aquello").

En tal sentido, tiene que aclararse/deslindarse que sea "A o B" o "A y B" (pero no ambos a la vez), dado que es impreciso e incorrecto señalar que algo sea "A y/o B", a la vez e indistintamente, además. Por tanto, no es válido sostener la doble y concurrentemente indistinta naturaleza de "A o B", "A y B" y "A y/o B".

Por otro lado, en la presente resolución (Exp. n.º 632-2001-AA/TC) in comento, el TC indica comisión de temeridad y/o mala fe, al respecto nos preguntamos si ello obedeció a un error mecanográfico incluir "y/o mala fe" (en lugar de señalar únicamente la comisión de temeridad en la misma), ya que de lo contrario, el asunto se evidenciaría más erróneo aún.

Si bien es cierto que lo relatado nos preocupa, no nos sorprende realmente, ya que el TC peruano presenta un desarrollo importante en derecho constitucional, mas no aún en derecho procesal constitucional.

III) "[...] Se advierte que la sentencia recaída en el presente proceso constitucional se encuentra arreglada a la Constitución y la ley; y, además, no existe en ella algún concepto oscuro o dudoso que aclarar. Que el abogado, teniendo conocimiento que no procede recurso alguno tendiente a modificar el fondo del fallo, presenta esta solicitud, incurriendo en temeridad procesal [...] RESUELVE Declarar sin lugar la solicitud de nulidad... sancionar al abogado [...] con la medida disciplinaria de amonestación, debiendo remitirse copias certificadas de los actuados pertinentes al Presidente de la Corte Superior de Justicia, al

representante del Ministerio Público y al Decano del Colegio de Abogados de Lima [...] disponiéndose la notificación al recurrente [...]”. (Exp. n.º 1326-2001-AA/TC).

En dicha resolución (Exp. n.º 1326-2001-AA/TC), se señala que: “no existiendo concepto que aclarar” el abogado “presenta solicitud”. Por consiguiente, se ha incurrido en temeridad. Así también lo señaló el TC.

IV) “[...] Que el abogado, sabiendo que no procede recurso alguno tendiente a modificar el fondo del fallo, presenta la presente solicitud incurriendo en temeridad procesal [...] RESUELVE Declarar sin lugar la solicitud de aclaración formulada por el Procurador del Ministerio de Pesquería (actualmente de Producción) [...] Asimismo, sancionar al abogado [...] con la medida disciplinaria de amonestación, debiendo remitirse copias certificadas de los actuados pertinentes al Presidente de la Corte Superior de Justicia, al representante del Ministerio Público y al Decano del Colegio de Abogados de Lima [...]”. (Exp. n.º 200-2002-AC/TC).

En este caso (Exp. n.º 200-2002-AC/TC), se repite lo mismo que en el anterior (Exp. n.º 1326-2001-AA/TC). Estamos de acuerdo con el TC. Es temeridad.

V) “[...] Contra los decretos y autos que dicte este Colegiado procede únicamente el recurso de reposición... no estando estipulada la anulación como recurso para cuestionar los actos procesales antes indicados [...] debe entenderse el presente recurso como uno de reposición y no de anulación [...] asimismo, aparece de la sumilla del escrito de “anulación” que se solicita la suspensión del proceso [...] dicha solicitud carece de sustento y, por lo tanto, no puede ser estimada [...] de otro lado, de autos se advierte que la recurrente y su abogado patrocinante, lejos de colaborar con este Colegiado, observan una conducta manifiestamente obstruccionista y temeraria, que se refleja en pedidos contradictorios y carentes de sustento legal [...] RESUELVE Declarar IMPROCEDENTE el recurso de reposición, presentado como anulación por la empresa recurrente, y SIN LUGAR los pedidos de suspensión del proceso y de señalamiento de nueva fecha para la vista de la causa, debiendo continuar el proceso según su estado [...] Multar a la empresa [...] y a su abogado [...] con 20 Unidades de Referencia Procesal cada uno... Remitir copia de los actuados respectivos a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados de Lima”. (Exp. n.º 354-2002-AA/TC).

En la presente resolución (Exp. n.º 354-2002-AA/TC), el TC afirma que se ha actuado de manera “obstruccionista y temeraria”. En este caso, si bien es cierto que entendemos que se ha litigado –a la vez– con malicia o mala fe (obstruir) y con temeridad; en ese sentido, nos extraña que el TC solo aprecie temeridad, porque el término “obstruccionista” parece ser utilizado solo para darle mayor énfasis a la temeridad.

VI) “[...] Las aclaraciones o precisiones solicitadas son, en verdad, planteamientos diversos que entrañan la reconsideración y modificación del fallo emitido, lo cual no es procedente por cuanto ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado a la autoridad de cosa juzgada, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución, tal como lo prescribe el artículo 139º, inciso 2), de la Constitución Política del Perú [...] Que el abogado [...] teniendo conocimiento que no procede recurso alguno tendiente a modificar el fondo del fallo, presenta esta solicitud... se dispone sancionarlo con una multa de 2 URP, siendo ésta una medida cuyo propósito deberá ser el de persuadir a los señores abogados para que ejerzan su profesión con probidad y sobre la base de la verdad de los hechos [...] RESUELVE Declarar sin lugar la solicitud de aclaración. Téngase presente en cuenta lo expuesto en el considerando N° 4., supra [...]”. (Exp. n.º 1200-2003-AA/TC).

Aquí (Exp. n.º 1200-2003-AA/TC), se obró con temeridad, ya que: “se actuó con conciencia de no tener razón”. De igual opinión es el TC.

VII) “[...] El Primer Juzgado Especializado en lo Penal de Tumbes, con fecha 30 de noviembre de 2000, declara infundada la demanda, por considerar que de las instrumentales obrantes en el expediente se aprecia que las acciones realizadas por el demandante ofenden la dignidad de las personas y, en particular, de los Magistrados. Por otra parte, estima que la conducta adoptada por el Presidente de la Sala Mixta se ciñe al ejercicio de sus atribuciones como Magistrado, al impedir que se mancille por medio de carteles y actos difamatorios, la buena reputación de los Magistrados, no apreciándose vulneración alguna de los derechos constitucionales invocados ni amenaza contra la libertad del accionante. La recurrida confirma la apelada, por considerar que la conducta del emplazado no constituye vulneración o amenaza de la libertad individual del accionante [...] este Colegiado, habida cuenta de la condición de abogado del accionante y de la evidente temeridad procesal con la que ha obrado, considera pertinente al caso de autos la aplicación de los artículos 111° y 112° del Código Procesal Civil, aplicables supletoriamente, de conformidad con el artículo 63° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435. Ha resuelto Declarar INFUNDADA la demanda [...] Ordena, en aplicación de los artículos 111° y 112° del Código Procesal Civil, la remisión de copias de la presente sentencia a la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados de la misma localidad [...]” (Exp. n.º 2620-2003-HC/TC).

En este caso, (Exp. n.º 2620-2003-HC/TC) se “actúa sin tener fundamento”. Concordamos con el TC que señala que es temeridad.

VIII) “[...] Que el alegato referido a que este Colegiado aclare motivadamente su fallo, por tener decisiones controvertidas, pretende desconocer y, por ende, modificar el resultado de un proceso, en contra de la garantía prevista en el artículo 139° inciso 2) de la Constitución, que establece que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni modificar sentencias, ni retardar su ejecución [...] Que el abogado patrocinante de la demandante [...] teniendo conocimiento de que no es posible modificar el fondo del fallo, presenta esta solicitud, incurriendo en temeridad procesal [...] RESUELVE Declarar SIN LUGAR la solicitud presentada [...] Imponer al abogado [...] la sanción de multa de 1 Unidad de Referencia Procesal, disponiéndose que el Juez de la causa adopte las medidas pertinentes para que se haga efectiva; oficiándose a la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima y al Ilustre Colegio de Abogados de Lima [...]” (Exp. n.º 2851-2003-AA/TC)

Aquí (Exp. n.º 2851-2003-AA/TC) se puede apreciar que, al “presentar solicitud siendo conciente [sic] de no poder variar el fallo”, se incurre según el TC en temeridad. De acuerdo.

IX) “[...] **El demandante [...] se ha mostrado renuente a que se expida la resolución final, con el objeto de lograr la prescripción de la acción penal** [...] El demandante sostiene que una vez recusado el Juez emplazado por causal de parcialidad [...] éste se arrogó ilegalmente la facultad de tramitar el proceso penal expidiendo las cuestionadas resoluciones materia de autos, atentando contra su libertad personal al haber dispuesto su ubicación y captura [...] Resulta manifiesta la impostura del demandante al pretender servirse del Tribunal Constitucional para una actuación evidentemente intervencionista en un proceso penal ordinario en trámite [...] **con evidente finalidad de frustrar la tramitación del proceso, temeridad que conlleva la necesaria colaboración del abogado patrocinante del recurrente [...] y también de los abogados de los otros procesados** [...] por lo que se hace imperioso que este Supremo Tribunal restituya la autoridad del Juez y se denuncie a los referidos abogados ante el Ministerio Público y al Colegio de Abogados de Lima [...] En consecuencia, las resoluciones dictadas por el Juez penal no lesionan derecho fundamental alguno del recurrente **debiendo rechazarse la demanda por temeraria, deshonesto y ajena a las previsiones del numeral 25 del Código Procesal Constitucional**. HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda de habeas corpus... Disponer se remitan copias de la presente sentencia al Ministerio Público y

al Colegio de Abogados de Lima para que estas instituciones procedan conforme al fundamento 10 de la presente sentencia [...]. (Exp. n.º 3338-2004-HC/TC).

En esta jurisprudencia (Exp. n.º 3338-2004-HC/TC), al actuar “obstruyendo o frustrando el proceso” de manera repetida (ya que incurren en ello varios abogados de las partes), se incurre en malicia o mala fe. Sin embargo, yerra el TC al esbozar el cometimiento de temeridad. Consecuentemente, no estamos de acuerdo.

X) “[...] Los recurrentes interponen demanda de amparo contra el juez del 26 Juzgado Civil de Lima [...] alegan la vulneración del derecho al debido proceso [...] consistente en no haber dado respuesta a un medio impugnatorio y a una demanda [...] sin embargo este Tribunal ha tomado conocimiento mediante el expediente 4389-2005-PA/TC, traído a esta instancia, de que por Resolución N° 2, de fecha 31 de octubre del año 2002, emitida por el 26 Juzgado Especializado en lo Civil de Lima se concedió la apelación en el proceso N° 2002-35369 que motiva la presente demanda [...] Que este Colegiado no puede dejar de advertir que el escrito de demanda del presente proceso tiene como fecha el 21 de enero de 2003 y que, como se expuso en los considerandos anteriores, se denuncia entre otras cosas que el juez demandado no ha resuelto el recurso de apelación interpuesto en la causa 2002-35369; no obstante obra en los autos del expediente 4389-2005-PA/TC, que gira precisamente en torno a una de las causas que origina el presente proceso, que el actor y abogado [...] fue notificado de la resolución [...] esto es con anterioridad a la presentación de la presente demanda, lo que significa **que aun cuando conocía de la resolución acusó su inexistencia en el presente proceso... está acreditada la actuación temeraria del demandante y también abogado de la causa** [...] sumándose a ello que ha usado expresiones descomedidas y agraviantes sin guardar el debido respeto al juez [...] es evidente que tales frases son ofensivas y vejatorias, no resultando acordes con una conducta procesal respetuosa de la actividad jurisdiccional [...] el recurrente debió ejercitar su derecho de defensa dentro del respectivo proceso [...] RESUELVE Declarar IMPROCEDENTE la demanda por haberse producido la sustracción de la materia en el extremo que solicita se expida la resolución correspondiente al escrito de apelación presentado por el demandante [...] Revocar la resolución de grado y, reformándola, admitir la demanda en el extremo referido a la causa 2002-36483, que involucra al codemandante [...] **Imponer al abogado y parte en el proceso [...] una multa** de tres Unidades de Referencia Procesal [...]”. (Exp. n.º 340-2005-PA/TC).

En el presente caso, (Exp. n.º 340-2005-PA/TC) se evidencia el “conciente accionar procesal duplicado pero en procesos distintos”, lo que denota temeridad. En igual término lo considera el TC.

xi)” “[...] **La demandante percibe una pensión del régimen general de jubilación [...] y pretende que se efectúe una recalificación de la misma alegando que su monto es irrisorio [...] no se evidencia la inaplicación de las normas que regulan, actualmente, el monto de la pensión mínima legal [...] tanto el demandante como su abogado patrocinante han actuado con manifiesta temeridad** [...] HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda, e **imponer a la demandante la sanción de pago de costas y costos** del proceso a consecuencia de su acción temeraria [...] Disponer que se proceda de conformidad con el fundamento 7, se remitan las copias certificadas pertinentes [...]”. (Exp. n.º 1660-2005-PA/TC).

En la presente resolución, (Exp. n.º 1660-2005-PA/TC) el TC señala que hay temeridad al “pretender vía judicial acceder a un monto pensionario que no le corresponde por ley”. Consideramos también que hay lugar a temeridad.

XII) “[...] El recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando renta vitalicia por enfermedad profesional conforme al Decreto Ley 18846 y su Reglamento,

así como los devengados desde la fecha de su cese. Refiere haber laborado en la Empresa Minera del Centro del Perú S.A. (Centromín Perú) por más de 46 años, expuesto a riesgos de toxicidad, peligrosidad e insalubridad, razón por la cual en la actualidad padece de neumoconiosis, con incapacidad de 75% para el trabajo [...] La emplazada formula tacha contra la evaluación médica emitida por el Ministerio de Salud, propone la excepción de prescripción extintiva, y contesta la demanda alegando que el recurrente no ha cumplido con presentar el informe de la Comisión Evaluadora de Essalud, en el que conste que padece la enfermedad profesional alegada [...] A efectos de sustentar su pretensión, el demandante presenta a fojas 7 copia de un Examen Médico Ocupacional expedido por el Instituto de Salud Ocupacional Alberto Hurtado Abadía del Ministerio de Salud [...] de acuerdo con el cual el demandante adolece de neumoconiosis (silicosis) en segundo estadio de evolución [...] Mediante Oficio [...] remitido por la [...] directora del Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud – CENSOPAS, se informó que **“el documento que en fotocopia nos ha adjuntado, referido al examen médico ocupacional N° 18658 es un documento falsificado [...] la supuesta historia del demandante no se encuentra registrada en nuestros archivos [...] Consiguientemente, el diagnóstico de la enfermedad profesional de neumoconiosis ha quedado desvirtuado [...] Este Tribunal [...] evidencia que el doctor Carlos Castillo Mauricio (CMP 8313) ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley General de Salud, que prescribe que El acto médico debe estar sustentado en una historia clínica veraz y suficiente que contenga las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para resolver el problema de salud diagnosticado [...] De igual manera, se han vulnerado las disposiciones contenidas en el título primero de la sección cuarta del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú [...] este Tribunal ordena remitir copia de la presente y de los actuados pertinentes al Ministerio Público y al Colegio Médico del Perú, para que **se apliquen al doctor [...] las sanciones a que hubiere lugar... se impone al demandante el pago de costos y costas, así como una multa de diez unidades de referencia procesal (10 URP) [...] De la misma manera, y por los motivos ya señalados, este Colegiado impone una multa** de diez unidades de referencia procesal (10 URP) al abogado patrocinante del demandante [...] y dispone la remisión de los actuados pertinentes al Colegio de Abogados de Junín [...] HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda, y dispone que se proceda de conformidad con los fundamentos 14 y 17 de la presente, remitiéndose las copias certificadas pertinentes [...]”**. (Exp. n.º 2016-2005-PA/TC).

En el presente caso, (Exp. n.º 2016-2005-PA/TC) consideramos que: “presentar documento falsificado para reclamar otorgamiento de un derecho” es temeridad. De igual manera lo considera El TC.

XIII) “[...] El Tribunal considera que para estos casos **no sólo no resulta procedente la vía del amparo, sino que [...] considera que la conducta del actor resulta temeraria** debido a que pretende la desafectación de un bien gravado para garantizar el pago de la reparación civil, establecido en un proceso penal como consecuencia de la comisión de un delito, sin que, pese al tiempo transcurrido, el responsable civil de dicho acto haya abonado el íntegro de la reparación dispuesta por el Juez [...] RESUELVE Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo de autos [...] **Imponer el pago de costas y costos al demandante** conforme al considerando 4 de la presente resolución [...]” (Exp. n.º 5088-2005-PA/TC).

En el presente caso, (Exp. n.º 5088-2005-PA/TC) “accionar por la vía (amparo) no correspondiente por ley”, revela temeridad según el TC. Opinamos lo mismo.

XIV) “[...] Los demandantes alegan la afectación de los derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva [...] en correspondencia con la libertad personal [...] en lo referido al derecho a probar [...] y al derecho a la defensa [...] Sobre la base de esta vulneración, solicitan lo siguiente: - Nulidad del proceso penal hasta la fase de instrucción a fin de que se les permita probar el hecho postulado como defensa material. - Nulidad

del proceso penal hasta la fase de instrucción a fin de que el juez penal en la sentencia se pronuncie sobre el argumento de defensa técnica [...] Como se ha podido advertir, **la actitud de los recurrentes ha sido plena y absolutamente irreflexiva. Varios hechos demuestran esta disposición a lo largo del proceso**; entre otros, se pueden mencionar: presentar un pedido de inhibición cuando ello no procedía; reclamar el uso de los procesos constitucionales contra cualquier tipo de sentencia; dejar de presentar testigos; evitar relacionar la intervención de los miembros de su estudio a lo largo de los procesos penal y constitucional; presentar una demanda cuando se sabía perfectamente que iba a ser desestimada; pretender rectificar en sede constitucional lo que había sido ya perdido en la ordinaria. La realización de este tipo de actos ha contraído consecuencias negativas a este Colegiado, perturbando el cumplimiento adecuado de sus funciones constitucionales, motivo por lo cual se impone aplicar a los demandantes el pago de costos y costas del proceso, así como una multa [...] de veinte unidades de referencia procesal (20 URP) [...] este Colegiado ha advertido algunas cuestiones respecto a la práctica profesional de la defensa. Ésta, por principio, no amerita una utilización arbitraria de los medios procesales que el sistema jurídico provee, sino más bien comporta la necesidad de patrocinar convenientemente a los defendidos. Así, no es posible que los miembros de un estudio jurídico primero manifiesten a sus clientes que pueden realizar un acto porque no lo asumen como delito, cuando sí lo es; luego defenderlos en el proceso penal que se investiga por la comisión de tal acto; y, posteriormente, conducirlos hasta un proceso constitucional como modo de infundir esperanzas –muchas veces infundadas– a quienes confiaron en ellos [...] HA RESUELTO Declarar IMPROCEDENTE la solicitud de inhibición del juez [...] Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo de autos en el extremo que alega la violación del derecho a la prueba [...] Declarar INFUNDADA la demanda de amparo de autos en el extremo que alega la violación del derecho a la defensa [...] EXHORTAR a los magistrados del Poder Judicial mayor compromiso en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, sobre todo en lo relativo a dar respuesta a los pedidos de los justiciables, por más infundados o improcedentes que estos sean [...] **Disponer la sanción a los recurrentes de la multa de 20 URP, imponiéndoseles el pago de costas y costos del proceso como consecuencia de su acción temeraria al presentar una demanda absolutamente inviable** [...]. (Exp. n.º 6712-2005-HC/TC).

En la presente resolución, (Exp. n.º 6712-2005-HC/TC) tenemos que “solicitar inhibición cuando por ley no procede” revela temeridad. Luego, “dejar de presentar testigos” constituye mala fe o malicia. A continuación, “evitar relacionar la intervención de los miembros de su estudio a lo largo de los procesos penal y constitucional con fines no correctos” evidencia también malicia o mala fe (en esta segunda oportunidad se configura la reiterancia exigida por ley para ser mala fe o malicia). Consecuentemente, consideramos que en el presente caso, se ha obrado con temeridad y mala fe o malicia a la vez o concurrentemente. Sin embargo, el TC sanciona únicamente como temeridad. Lógicamente no somos contestes con el TC.

XV) “[...] En el caso de autos, esta actitud temeraria se observa no bien se toma en cuenta que la decisión jurisdiccional que se pretende dejar sin efecto a través del presente proceso, no sólo no afectaba los derechos que han sido invocados, puesto que sólo tenía como efecto la designación de un Administrador judicial provisional y, en ese sentido, no podía afectar ni la propiedad ni la libertad de trabajo y de empresa, como alega el recurrente, sino que, además, al momento de interponerse la presente demanda, dicha medida cautelar había caducado con todos sus efectos, tal como lo ha denunciado la magistrada emplazada. [...] **el abogado de la demandante no sólo conocía de la falta de argumentos para llevar adelante el presente proceso, sino que, además, pretendió sorprender a la judicatura constitucional, incluyendo a este Colegiado, a efectos de que se ordene la anulación de un acto jurisdiccional que había sido dictado conforme a las normas procesales vigentes**, y que al momento de presentarse la presente demanda ya había caducado puesto que, al interponerse la demanda que suscitó la medida cautelar fuera de proceso, ésta había sido ya archivada al no haberse subsanado las omisiones procesales que habían sido advertidas

en la etapa de postulación del proceso [...] este Colegiado considera que **la conducta temeraria no sólo debe imputarse a la parte demandante sino también al Abogado** que autorizó el escrito de demanda y los sucesivos recursos [...] este Tribunal impone el pago de los costos procesales [...] la misma que deberá ser pagada por la demandante, estableciéndose además, por concepto de multa y [...] el pago de 10 URP que deberá ser abonado por el abogado o por los abogados que autorizaron los escritos desde la etapa de postulación y hasta el recurso que dio origen a la presente sentencia y en forma solidaria [...] HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda de amparo [...] IMPONER al recurrente, por concepto de sanción por conducta temeraria y [...] el pago de los costos procesales que deberá liquidarse y establecerse en vía de ejecución... IMPONER al abogado que autorizó el escrito de demanda, así como los sucesivos recursos, el pago de 10 URP por concepto de sanción por incumplimiento de los deberes propios del ejercicio profesional [...]” (Exp. n.º 8094-2005-PA/TC).

En el presente caso (Exp. n.º 8094-2005-PA/TC), tenemos que “accionar sin argumentos” y, peor aún, “solicitar anulación de acto jurisdiccional expedido conforme a ley”, constituyen temeridad. De igual manera lo entiende el TC.

XVI) “[...] Se aprecia que el recurso de agravio constitucional no reúne los requisitos previstos [...] ya que el proceso de amparo del que se deriva la presente queja se encuentra en la fase de ejecución de sentencia, no tratándose, por lo tanto, de una resolución de segundo grado denegatoria de una acción de garantía; en consecuencia, el presente recurso de queja debe ser desestimado [...] **este Tribunal considera necesario pronunciarse respecto de la actuación temeraria por parte de la entidad recurrente y su Procurador Público, ya que, a través de la interposición de los recursos de agravio constitucional –sin encontrarse legitimado para su interposición- y de queja, vienen retardando injustificadamente la ejecución de la sentencia expedida por el ad quem**, accionar que contraviene los fines que persiguen los procesos constitucionales [...] RESUELVE Declarar improcedente el recurso de queja. **Dispone la notificación a las partes y oficiar a la Sala de origen para que proceda conforme a ley** [...]” (Exp. n.º 294-2006-Q/TC).

En el presente caso (Exp. n.º 294-2006-Q/TC), apreciamos que “interponer recursos sin contar con legitimidad” y además, “sin tener legitimidad, accionar en queja”; denota en ambos casos, según el TC, temeridad. Suscribimos lo dicho.

XVII) “[...] **El demandante conocía en todo momento las reglas de conducta impuestas en su contra, por lo que existió una conducta temeraria de su parte [...] Este Tribunal concluye que el recurrente tuvo conocimiento de las actuaciones del órgano jurisdiccional en el proceso penal indicado, habiendo hecho ejercicio de su derecho de defensa. En consecuencia, se descarta la alegada vulneración del derecho de defensa o del debido proceso, por lo que la demanda debe ser desestimada** [...] HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda de hábeas corpus [...]” (Exp. n.º 3165-2006-PHC/TC).

En este caso, (Exp. n.º 3165-2006-PHC/TC), apreciamos que “desobedecer normas de conducta impuestas penalmente para alegar posteriormente vulneración del derecho de defensa o debido proceso, denota a nuestro entender temeridad. De igual opinión es el TC.

XVIII) “[...] El demandante ejercitó activamente su derecho de defensa haciendo uso de todos los recursos que la ley procesal prevé y que por el contrario demostró una conducta obstruccionista tendiente a lograr la prescripción de la acción penal. [...] al no acreditarse en autos la indefensión invocada por el recurrente, **debe desestimarse la demanda [...] en autos se acredita la conducta obstruccionista del procesado... cuyo objeto es conseguir la prescripción de la acción penal [...] conducta temeraria**

que no hubiera podido ser materializada sin el patrocinio de su abogado defensor, el cual, faltando a sus deberes de lealtad, probidad y buena fe, interpuso y autorizó los recursos tendientes a entorpecer el proceso y así dilatar la lectura de la sentencia, lo que constituye falta grave que debe ser considerada por el correspondiente Colegio Profesional conforme a sus atribuciones [...] HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda de hábeas corpus [...] Ordenar la remisión de copias de la presente sentencia al Colegio de Abogados de Lima para que proceda conforme a lo expuesto en el fundamento 9, supra [...]”. (Exp. n.º 4496-2006-PHC/TC).

En la presente resolución, (Exp. n.º 4496-2006-PHC/TC) se aprecia la “conducta obstruccionista del actor quien para conseguir la prescripción de la acción penal hace uso de todos los recursos que la ley procesal prevé”, la misma que corresponde a un actuar procesal malicioso o con malicia (por obstruccionista y reiterado). Sin embargo, el TC la considera como conducta temeraria y no maliciosa. No estamos de acuerdo con el TC.

XIX) “[...] **El accionante no ha determinado con precisión en que consisten los actos ciertos y de inminente realización que vulneren su derecho constitucional a la libertad de trabajo**, pues no indica el perjuicio ocasionado con tales amenazas y si estas supuestas amenazas le ocasionarán un perjuicio real, efectivo e ineludible; asimismo de las agresiones a las que hace referencia no obra en autos prueba alguna que acredite que se hayan producido; **concluyéndose de ello que el demandante ha actuado con manifiesta temeridad** [...] En consecuencia [...] la demanda debe ser declarada infundada [...] HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda, e imponer al demandante la sanción de pago de costas y costos del proceso como consecuencia de su actuación temeraria [...]”. (Exp. n.º 5737-2006-PA/TC).

En este caso, (Exp. n.º 5737-2006-PA/TC) tenemos que: “alegar vulneración de un derecho sin precisar la situación que meritúa tal vulneración” es incurrir en temeridad según el TC. Acerca de lo referido, estamos de acuerdo.

XX) “[...] Se advierte de autos que **el demandante y los abogados que lo patrocinan, han demostrado una grave conducta temeraria, al haber pretendido acreditar una incapacidad por padecimiento de neumoonosis, presentando un certificado de invalidez sin la existencia de una historia clínica que lo sustente, como la ley dispone, a fin de obtener una pensión vitalicia por enfermedad profesional** [...] Por ello [...] este Colegiado impone una multa de 10 Unidades de Referencia Procesal (10 URP), tanto a los abogados patrocinantes del accionante [...] como al demandante [...] disponiendo, además, el pago de costos y costas por parte del actor, así como el envío de los actuados correspondientes al Ilustre Colegio de Abogados de Lima [...] HA RESUELTO Declarar INFUNDADA la demanda, y dispone que se proceda conforme a los fundamentos 9 y 11 de la presente sentencia, remitiéndose las copias certificadas pertinentes [...]”. (Exp. n.º 5784-2006-PA/TC).

En el presente caso, (Exp. n.º 5784-2006-PA/TC), apreciamos que “simular padecer una enfermedad para reclamar un derecho laboral que por ley no le corresponde” significa para nosotros, temeridad. El TC lo considera de igual modo.

XXI) “[...] **No se puede dejar de lado la actitud temeraria del actor, quien ha hecho uso de la vía constitucional con reiterada liviandad, sin atender a su excepcional naturaleza y con el objeto a todas luces superfluo de cuestionar los mismos hechos en diversos procesos constitucionales, algunos de los cuales ya han sido debidamente meritados en su oportunidad por este Tribunal** [...] Por ello es que debe impedirse que el recurrente utilice, con vacua habitualidad, los recursos procesales que tiene a su disposición cualquier justiciable, ya que esto comporta que se desatiendan causas de mayor relevancia

que necesitan con mayor urgencia una solución jurisdiccional [...] RESUELVE Declarar IMPROCEDENTE la demanda de hábeas corpus [...] **DISPONER que se sancione al recurrente con una multa de 10 URP, imponiéndosele el pago de costas y costos del proceso como consecuencia de su acción temeraria al presentar una demanda absolutamente inviable** [...]”. (Exp. n.º 5853-2006-PHC/TC).

En el presente caso, (Exp. n.º 5853-2006-PHC/TC), observamos que el TC señala que el “utilizar reiteradamente una vía procesal excepcional para cuestionar hechos iguales, habiendo algunos sido merituados oportunamente por el TC” es evidenciar temeridad. Así también lo entendemos.

XXII) “[...] Habiéndose acreditado que el demandante recurrió a otro proceso judicial para la tutela de su derecho, corresponde declarar la improcedencia de la demanda [...] habiéndose desestimado el amparo [...] este Tribunal condena al demandante al pago de costas y costos, al haberse verificado temeridad procesal al pretender iniciar un proceso de amparo respecto de una pretensión cuya tutela fue previamente solicitada en la vía ordinaria [...] RESUELVE Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo [...] Condenar al demandante al pago de costas y costos [...]”. (Exp. n.º 6146-2006-PA/TC).

Aquí (Exp. n.º 6146-2006-PA/TC), el TC considera apreciar temeridad al “pretender (el demandante) iniciar un proceso de amparo respecto de una pretensión cuya tutela fue anteriormente solicitada en la vía ordinaria”. Suscribimos lo señalado.

XVIII) “[...] El Tribunal debe precisar que no basta el simple desacuerdo con el sentido de la decisión que se impugna, o la enumeración irresponsable de los supuestos derechos violados sin que exista argumento que vincule tales invocaciones con los hechos descritos o las resoluciones impugnadas [...] el presente caso, **el recurrente no ha acreditado las supuestas violaciones a sus derechos que se habrían consumado con la resolución que cuestiona**. En todo caso, se ha limitado a referir una supuesta calificación defectuosa del recurso de casación [...] invocando, como sustento de los supuestos derechos violados, un inexistente artículo 37º, inciso 16, de la Constitución [...] **lo que denota no sólo falta de diligencia profesional del abogado que autoriza la demanda, sino una actitud temeraria respecto de la cual debe llamarse la atención a efectos de que en el futuro no se incurra en las mismas maniobras** [...] en tal sentido, conviene recordar que “[...] no puede permitirse que se utilice dispendiosa y maliciosamente los recursos procesales que tiene a su disposición cualquier justiciable, lo que a su vez acarrea una desatención de otras causas que merecen atención, y que, por analizar casos como el planteado, deben esperar una respuesta más lenta de la que podría haberse realizado si es que no estuviesen permitidas actuaciones como la realizada por los recurrentes [...] el presente caso el recurrente [...] ha puesto en evidencia, antes que algún agravio a sus derechos, su intención de pretender utilizar esta vía para revertir la decisión de la Corte Suprema, que ha sido bastante clara en sus argumentos al declarar improcedente el recurso de casación interpuesto. En este sentido, este Tribunal considera que la demanda debe ser rechazada, imponiéndosele al recurrente el pago de costos y costas a que hubiere lugar [...] RESUELVE Declarar IMPROCEDENTE la demanda de autos [...] Imponer al demandante el pago de costos y costas procesales, el que deberá hacerse efectivo en vía de ejecución [...]”. (Exp. n.º 8823-2006-PA/TC).

En el presente caso, (Exp. n.º 8823-2006-PA/TC) tenemos que “no acreditar las supuestas violaciones a derechos, supuestamente consumadas” implica accionar a nivel procesal con evidente temeridad. El TC también lo considera así.

XXIII) “[...] El Tribunal debe precisar que no basta el simple desacuerdo con el sentido de la decisión que se impugna, o la enumeración irresponsable de los supuestos derechos violados sin que exista argumento que

vincule tales invocaciones con los hechos descritos o las resoluciones impugnadas [...] el presente caso, **el recurrente no ha acreditado las supuestas violaciones a sus derechos que se habrían consumado con la resolución que cuestiona.** En todo caso, se ha limitado a referir una supuesta calificación defectuosa del recurso de casación [...] invocando, como sustento de los supuestos derechos violados, un inexistente artículo 37º, inciso 16, de la Constitución [...] **lo que denota no sólo falta de diligencia profesional del abogado que autoriza la demanda, sino una actitud temeraria respecto de la cual debe llamarse la atención a efectos de que en el futuro no se incurra en las mismas maniobras** [...] en tal sentido, conviene recordar que “[...] no puede permitirse que se utilice dispendiosa y maliciosamente los recursos procesales que tiene a su disposición cualquier justiciable, lo que a su vez acarrea una desatención de otras causas que merecen atención, y que, por analizar casos como el planteado, deben esperar una respuesta más lenta de la que podría haberse realizado si es que no estuviesen permitidas actuaciones como la realizada por los recurrentes [...] el presente caso el recurrente [...] ha puesto en evidencia, antes que algún agravio a sus derechos, su intención de pretender utilizar esta vía para revertir la decisión de la Corte Suprema, que ha sido bastante clara en sus argumentos al declarar improcedente el recurso de casación interpuesto. En este sentido, este Tribunal considera que la demanda debe ser rechazada, imponiéndosele al recurrente el pago de costos y costas a que hubiere lugar [...] RESUELVE Declarar IMPROCEDENTE la demanda de autos [...] **Imponer al demandante el pago de costos y costas procesales,** el que deberá hacerse efectivo en vía de ejecución [...]”. (Exp. n.º 8823-2006-PA/TC).

En el presente caso, (Exp. n.º 8823-2006-PA/TC) tenemos que “no acreditar las supuestas violaciones a derechos, supuestamente consumadas” implica accionar a nivel procesal con evidente temeridad. El TC también lo considera así.

XXIV) “[...] **El demandante pretende que se le otorgue una pensión de invalidez por enfermedad profesional [...] un gran número de procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 han puesto en evidencia las deficiencias de la legislación, lo que ha obligado al Tribunal Constitucional a adecuar la normatividad, caso por caso, generándose en ocasiones sentencias contradictorias [...] este Tribunal Constitucional, en virtud de sus funciones de ordenación y pacificación, considera conveniente revisar su jurisprudencia para determinar si los criterios desarrollados respecto a la protección de riesgos profesionales, sea al amparo del Decreto Ley 18846 o la Ley 26790, permiten resolver las controversias constitucionales en el contexto actual, o si deben ser cambiados o complementados los criterios preexistentes [...] este Tribunal declara, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del C.P.Const., que los criterios jurídicos contenidos en los fundamentos 89 a 120, 127, 140 y 146 supra, son vinculantes para todos los poderes y organismos públicos, así como para las empresas privadas que brindan las coberturas del SCTR, por lo que deben ser aplicados de manera inmediata. En tal sentido, la ONP y las compañías de seguros tienen la obligación de aplicarlos en sus propios términos a los procedimientos de otorgamiento de pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, bajo apercibimiento de imponérseles las medidas coercitivas previstas en el artículo 22º del C.P. Const [...] **a los demandantes que interpongan demandas de amparo manifestamente infundadas por ser contrarias a los criterios jurídicos referidos, se les impondrá el pago de los costos y costas del proceso por su actuación temeraria. Por otra lado, a los abogados se les podrá imponer una multa, cuando patrocinen procesos cuyas pretensiones sean contrarias a los criterios establecidos en los fundamentos 89 a 120 supra,** por ejemplo, cuando presenten certificados médicos privados para probar la enfermedad profesional, o cuando patrocinen a un mismo demandante en dos procesos para acceder a dos pensiones de invalidez del SCTR por un mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional, etc [...] HA RESUELTO Declarar IMPROCEDENTE la demanda [...] Declarar que los**

criterios establecidos en los fundamentos 89 a 120, 127, 140 y 146, supra, son vinculantes para los jueces que conocen los procesos de amparo, como para los jueces que resulten competentes para conocer las demandas contencioso-administrativas, y para todos los poderes y organismos públicos, así como para las empresas privadas que brindan las coberturas del SCTR [...]” (Exp. n.º 10063-2006-PA/TC).

En el presente caso, (Exp. n.º 10063-2006-PA/TC) ante un pedido de otorgamiento de pensión de invalidez, el TC al apreciar que el sistema procesal institucional involucrado para dicho fin presenta falencias, decide dictar la reglamentación o lineamientos correspondientes para salvar dicha problemática. En tal sentido, el TC realiza un adecuado ordenamiento, prevención e invocación (a los justiciables y entes involucrados) a efectos de evitar que, en posteriores oportunidades, se accione de manera ineficaz y, por ende, poner en funcionamiento insulsamente el aparato jurisdiccional. Finalmente, queda claro que, en el presente caso, no se incurrió en temeridad ni en malicia o mala fe procesales.

XXV) “[...] **La recurrente, en un claro intento de inducir a error a los órganos judiciales,** ha interpuesto el presente proceso de amparo, cuestionando tanto la resolución de primera instancia como su confirmatoria, de fecha 15 de septiembre de 2003, pese a que a la fecha de presentación de la demanda de amparo la misma resolución que ahora se cuestiona también había sido impugnada en el mismo proceso vía recurso de casación, la que al ser resuelta en forma desfavorable a la actora, había sido luego impugnada por separado y en la misma fecha en otro proceso de amparo, el mismo que tras ser rechazado en las dos instancias del Poder Judicial, ingresó a este Tribunal con el N° 09300-2007-AA/TC [...] **Debe advertirse, además, que en ambos procesos de amparo el abogado que autoriza tanto la demanda como los demás escritos y recursos es el mismo, lo que confirma la mala fe y temeridad con que ha actuado en el ejercicio profesional, pretendiendo lograr dos sentencias respecto de una misma pretensión, vinculada al mismo proceso y con las mismas partes** [...] queda claro que las resoluciones judiciales que la recurrente cuestiona en este proceso no solo no poseen la condición de resoluciones judiciales firmes [...] sino que, además, **el proceso en cuestión ha sido articulado con manifiesta temeridad y mala fe por parte de la entidad demandante y su abogado,** lo que amerita que este Colegiado ejercite sus potestades disciplinarias en aras de resguardar el buen uso de los procesos constitucionales [...] **RESUELVE Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo [...] Condenar al pago de 10 Unidades de Referencia Procesal al Abogado de la empresa demandante** [...] notificando la presente sentencia al respectivo Colegio de Abogados para los fines pertinentes [...] **Condenar a la parte demandante al pago de costos y costas** según corresponda en etapa de ejecución de sentencia [...]” (Exp. n.º 183-2007-PA/TC)

En el presente caso, (Exp. n.º 183-2007-PA/TC), tenemos que el “intento de inducir a error a los órganos judiciales” configura temeridad. Así también lo señala el TC. Pero el error deviene al señalar posteriormente que también se ha obrado con mala fe (malicia), ya que no se incurrió en esta última. Ergo, no concordamos con el TC en que existe también malicia o mala fe.

Luego de haber realizado el presente recorrido por las anteriores jurisprudencias del TC, podemos afirmar que en seis casos (1.- Exp. n.º 632-2001-AA/TC, 2.- Exp. n.º 354-2002-AA/TC, 3.- Exp. n.º 3338-2004-HC/TC, 4.- Exp. n.º 6712-2005-HC/TC, 5.- Exp. n.º 4496-2006-PHC/TC y 6.- Exp. n.º 183-2007-PA/TC), dicho tribunal considera que la mala fe (malicia) es sinónimo de temeridad, o que se puede incurrir en la primera y la segunda conjuntamente y a la vez (es decir, al mismo tiempo o concurrentemente) incurrir en temeridad o mala fe (malicia), lo que nos lleva a determinar (respecto del análisis de las resoluciones referidas) que dicho tribunal (TC) entiende equivocadamente que temeridad y mala fe (malicia) son sinónimos, lo cual como ya hemos expuesto no es exacto.

Creemos que el error incurrido tiene por origen el artículo 112 (no deslindado) del Código Procesal Civil peruano, ya que en su encabezamiento se señala que *“incurren en temeridad y/o mala fe [...]”*. Sin embargo, en los siete incisos que consta dicho artículo no se precisa/deslinda cuáles corresponden a temeridad y cuáles a mala fe.

Tal vez, por eso el TC, para abreviar o salir del paso, se limite a afirmar (en más de un caso) que se comete temeridad y/o mala fe sin determinar cuál acto o conducta específicamente se ha cometido; es decir, o temeridad o mala fe o ambas.

En ese sentido, lo que el Tribunal Constitucional peruano ha sostenido y sostiene (nada más y nada menos) es que es válido afirmar y actuar en consecuencia de la doble (o triple, diremos) y concurrentemente indistinta naturaleza de *“A o B”, “A y B” y “A y/o B”*. Lo cual no es cierto ni exacto, por decir lo menos.

Ergo, según lo esbozado, cabe insoslayablemente que se formulen las siguientes interrogantes:

- I) *¿Se encontrarán los señores magistrados y magistradas –ordinarios y constitucionales, no solamente peruanos– en condiciones de determinar la graduación de los perjudiciales efectos del incurrimento de temeridad, mala fe (malicia) procesales o de ambas y, por consiguiente, podrán aplicar las amonestaciones o sanciones debidamente en tales casos, si anteladamente sabemos que a la fecha no se encuentran diferenciadas legalmente, tal y como se puede apreciar en los siete incisos “no deslindados” del artículo 112 del Código Procesal Civil peruano?*

Consideramos que la respuesta fundamentada, a la luz de la investigación y demostración del presente trabajo de investigación, es un rotundo, categórico y muy lamentable, como peligroso, no.

- II) *Ergo, ¿qué derecho o norma le ampara a la Judicatura para aplicar las mismas en evidente perjuicio del justiciable?*

Consideramos que ninguno, ya que de lo que estamos poniendo sobre el tapete es el hecho que se sanciona por la realización de una conducta procesal, ya sea temeraria, ya sea de mala fe (para nosotros, maliciaria); pero sin que la persona sancionadora tenga en claro en strictu sensu la naturaleza jurídica de dichas conductas, así como norma que lo sustente debidamente (ya que la existente está muy lejana de hacer lo propio); más aún, cuando no se sustenta dicha sanción en principio general del derecho alguno.

El tema se complica y preocupa aún más, cuando dicha sanción (ante el referido vacío) se torna inmensamente arbitraria al sancionar a la vez en el mismo proceso, al mismo sujeto y por la misma conducta, i) por una u otra conductas señaladas (temeridad “o” mala fe o malicia) o ii) por ambas conductas a la vez (ya sea en su primera variante: temeridad “y” mala fe o malicia, o la segunda: temeridad “y/o” mala fe o malicia), tal y como se ha apreciado en el Exp. n.º 632-2001-AA/TC.

En ese orden de ideas, el justiciable legítimamente podría (y puede) dirigirse al señor magistrado en los siguientes términos: *“Se me sanciona por incurrir, a nivel procesal, indistintamente en: I) temeridad, II) mala fe, III) temeridad o mala fe, IV) temeridad y mala fe, y V) temeridad y/o mala fe. Empero, no se me ha explicado y fundamentado (justificado) jurídicamente, la naturaleza de dichas conductas, los casos en que se incurre en ellas y la sanción en sí, ¿podría hacerlo?”*

No obstante, por tremendamente increíble que parezca (a la luz de las resoluciones analizadas), la respuesta que estaría (y está) recibiendo tácitamente es (increíblemente, por decir lo menos): *“No, pero no porque no desee hacer lo propio, sino porque considero que no tengo la menor idea”*.

Consecuentemente, las “*cartas en el asunto*” en los temas *in comento*, dada su gran importancia y gravedad extrema (demostrada contundentemente a través del presente trabajo), se constituyen en una prioridad muy urgente como impostergable para la persona legisladora, el magistrado y la magistrada, la persona doctrinaria y la comunidad abogadil no solamente peruana.

X. Reflexiones finales

Atravesamos, más que nunca, épocas de permanente vorágine que traen consigo muchos cambios a nivel político, económico, social, moral; lógicamente también a nivel jurídico y, específicamente, además, en el área jurídico procesal. Así, tenemos que nuevas (y otras no tan nuevas, pero novedosas) corrientes jurídicas y no jurídicas hacen sentir cada vez más su presencia (por su aporte al derecho, claro está) en el mundo del derecho; verbigracia: el *marketing jurídico* que consiste básicamente en crear valor, ofrecer valor y ser el nexo entre el abogado, la abogada y el mercado, cuya finalidad es crear, conservar clientes o personas patrocinadas, garantizando un posicionamiento efectivo y perdurable.

También tenemos la corriente o teoría del *neoconstitucionalismo*^{74,75}. Asimismo, debemos señalar la importancia

74. “[...] De origen principalmente germano (Estado que aturrido y atrapado por la contemplación de las atrocidades del nazismo, no tuvo más que enmendarse), específicamente en la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en 1958; y su posterior desarrollo en Estados Unidos, Italia y parte de Latinoamérica. Aparece como un “saludable despertar o concientización constitucional a favor de los derechos fundamentales y donde los mismos se yerguen como eje central del sistema jurídico, y como sustento de fundamentación universal de irrefragable legitimidad” (que se presenta- a pesar de su denominación- no como una nueva pero sí, ciertamente novedosa corriente o teoría jurídica de irradiación mundial), “gracias” al limitado papel de la doctrina jurídica para poder explicar la justificación (o justeza) del Derecho en esta realidad o circunstancia postmoderna. Esta corriente jurídica se reafirma además, como una forma de sintonizar como Estados con un reciente orden jurídico -como consecuencia de la casi generalizada globalización en el mundo-, denominado “Derecho Global” (entendido a su vez, como un “nuevo” orden jurídico que opone una defensa radical de la dignidad, de la solidaridad, de la igualdad y de la justicia- seguridad jurídica- de la persona; como principios pilares jurídicos y que precisa de instituciones y de partidos políticos fuertes, transparentes y con amplia credibilidad). El neoconstitucionalismo como proceso de constitucionalización (que limita a los poderes estatales y/o protege los derechos fundamentales) del sistema o vida jurídico (a) de un Estado: i) Según Antonio Baldassarre, “Coloca a la Constitución como nuevo orden de valores”; y ii) Según Víctor Bazán, “Como la respuesta ante la tensión entre democracia y el constitucionalismo [...]”; deja atrás su función formal y hasta cierto punto cuasi expectante; para “transformarse” en parte más activa y protagónica del mismo y orientar de una manera mucho más justa la convivencia ciudadana de nuestros días. El “nuevo” constitucionalismo ya está presente en nuestro escenario constitucional. En ese sentido, recientes (y otros no tanto) reconocimientos de “derechos constitucionales” como: I) “al debido proceso”; II) “las nuevas ocho modalidades de habeas corpus”- tales como: reparador, restringido, correctivo, preventivo, traslativo, instructivo, innovativo y conexo-, III) “el desarrollo de los tipos de habeas data”, dividiéndolo en dos grupos: a) propios: como el informativo (que se subdivide en: finalista, exhibitorio y autoral), el aditivo, el rectificador o correctivo, el exclutorio o cancelatorio y el reservador; b) impropio: como el de protección al acceso de la información pública; IV) “a la verdad”; V) “a la personalidad jurídica”; VI) “al agua potable”; VII) “a la salud”; VIII) “a la salud mental”; IX) “a la educación”; X) “a la propiedad”; XI) “a la asociación”; XII) “a la identidad cultural”; XIII) “a la vida” y XIV) del principio “ne bis in idem” (en el Perú); así como, XV) “el habeas corpus colectivo o protector de derechos difusos u homogéneos múltiples” (en Argentina); dan contundente prueba de ello [...]”. (Cfr. TORRES MANRIQUE, Jorge I. “Derecho global y neoconstitucionalismo: Teorías jurídicas contemporáneas” (en línea), recuperado el 12/11/09 de [derechocambiosocial.com](http://www.derechocambiosocial.com): <http://www.derechocambiosocial.com/revista013/derecho%20global%20neoconstitucionalismo.html>).

75. Cabe agregar el último reconocimiento de derechos constitucionales del Tribunal Constitucional peruano (Exp. n.º 6164-2007-HD/TC-29/08/2008), como es el desarrollo de los tipos del Hábeas Data (H. D.), dividiéndolo en dos grupos: A).- Propios: I) H. D. Informativo.- Para recabar la información necesaria que permita a su promotor, a partir de este, verificar si los datos del sistema están funcionando legalmente. Si no fuera así, se solicitará información de las operaciones sobre los asientos registrados o sobre el sistema de información en sí mismo; se subdivide en: i1) Finalista.- Para conocer la finalidad para la cual se creó el registro. i2) Exhibitorio.- Por el que se indaga cuáles datos de carácter personal se encuentran almacenados en un registro. i3) Autoral.- Para conocer a quién proporcionó los datos almacenados. II) H. D. Aditivo.- Para agregar datos de información de carácter personal no registrados, puede ser: actualizador, aclarador o inclusorio. III) H. D. Rectificador o correctivo.- Para corregir datos falsos, inexactos o imprecisos. IV) H. D. Exclutorio o cancelatorio.- Para excluir información de un banco de datos que el titular considera que debe ser cancelada. V) H. D. Reservador.- Para asegurar que un dato correcta y legítimamente almacenado sea mantenido en confidencialidad. B).- Impropio: I) Dé protección al acceso de la información pública.

del coaching ontológico, disciplina que asiste al factor humano para ayudarlo a obtener mejores resultados, trabajando profundamente en el dominio de ellos mismos, para darles acceso a sus puntos ciegos, nulos o débiles, en un aspecto o área determinada, por lo cual consigue con ello ampliar su perspectiva para la mejor toma de decisiones y acciones y lograr nuevas y cada vez más altas metas, renovando, estimulando, predisponiendo y potencializando a la persona.

Luego, es imprescindible hacer una breve referencia a la teoría del derecho global⁷⁶. Por otro lado, cabe destacar lo concerniente al derecho deportivo (Varsi Rospigliosi, E., 2008, p. 52):

[...] el mismo que es una rama especial del derecho que regula la actividad generada por las conductas y los vínculos entre todos los actores del deporte. Asimismo, protege jurídicamente al ser humano y sus relaciones con la práctica y las técnicas deportivas estableciendo reglas aplicables al desarrollo de esta importante disciplina, con el fin de lograr los beneficios para la persona y la sociedad.

Además, no podemos dejar de nombrar al análisis económico del derecho, el cual debe ser entendido como:

[...] la aplicación de las teorías y métodos de la economía al sistema jurídico, el cual se basa en la triada maximización- mercado-eficiencia bajo un enfoque costo- beneficio social; buscando maximizar o hacer mas eficientes los recursos en mundo de escasez de bienes y servicios. El análisis de costo-beneficio no implica únicamente el aspecto económico, sino los motores de la conducta humana: como bienestar y malestar. El AED analiza la norma, pero no en abstracto, sino en base a una consecuencia social concreta⁷⁷.

Sin embargo, preocupa cómo llama poderosamente la atención el hecho de que estas teorías contemporáneas (que no son pocas –así como, no son todas las que están ni están todas las que son–, menos aún son prescindibles, pues varias son defensoras de la legitimidad, constitucionalidad, derechos y respecto de la persona y de la humanidad), no consigan contribuir, al menos en algo (directa o indirectamente), a concientizar o mejorar la

76. “[...] Este nuevo Derecho se origina en el ius gentium (Derecho romano aplicado a los extranjeros y a los romanos en sus litigios con estos), se fundamenta en el ius cogens (Derecho de los Estados “a cumplir necesariamente”) y el ius commune (Derecho aplicado básicamente a los negocios jurídicos globales), para hacer frente a los desafíos contra las lacras sociales como: el terrorismo las organizaciones criminales internacionales, la corrupción generalizada y el “orden” hegemónico, principalmente. Luís María Bandieri, afirma que este “Universal Law” tuvo su origen (en la Edad media) en el derecho romano compilado por Justiniano: El Corpus Juris Civiles, fue el ius commune de su tiempo, luego paso a ser el Derecho de la Unión Europea y ahora, el Derecho global. El Derecho Global se fortalece en los inicios de los noventa (Prosper Weil, señala que dicho ordenamiento combatió la existencia de una “crisis jurídica multiforme” del sistema normativo internacional, que en ese entonces padecía el mundo), mediante el acuñe de nuevos paradigmas como: democracia liberal, libre comercio, derecho de libre autodeterminación de los pueblos, inviolabilidad de las fronteras y concertación entre las grandes potencias. Para posteriormente iniciar un franco desarrollo en este siglo XXI. La mundialización del “nuevo orden jurídico”, irrumpe en el escenario jurídico mundial y equivale a: autonomía, espontaneidad, nueva estabilidad y equilibrio, más social, menos estatal, sin fronteras y siempre bajo la base y el irrestricto respeto de los derechos fundamentales que otorga al ser humano como parte integrante del nuevo sujeto jurídico: La Humanidad. Esta “teoría jurídica global”, se conforma precisamente, como contrapunto de la dogmática, apelando a un mundo más justo, democrático y libre, basado en los principios de personalidad, igualdad, solidaridad, subsidiariedad, integración y autoridad; reconociéndose en un mundo completo, complejo, diferente, pero unido [...]”. (Torres Manrique, J.I. “Derecho global y neoconstitucionalismo: Teorías jurídicas contemporáneas” (en línea), recuperado el 14/11/09 de Elnotariado.com: http://www.elnotariado.com/images_db/noticias_archivos/322.doc).

77. Torres Manrique, J. I. Acerca del análisis económico del derecho (Aed) (en línea), recuperado el 13/11/09 de Teleley.com: <http://www.teleley.com/articulos/art-ae.pdf>.

actitud de los sujetos procesales, en el aspecto ético y de correcto accionar procesal en los juicios. Más aún si consideramos que en su tiempo Couture (en sus *"Mandamientos del Abogado"*) ya advertía la importancia de la lealtad procesal del abogado para con su patrocinado, con el juez y la otra parte⁷⁸.

En ese sentido, no podemos negar que experimentamos un profundo pesar y desazón, ya que: I) por un lado, existen cada vez más y mejores tendencias (jurídicas y no jurídicas) y normatividad destinadas, directa e indirectamente, a mejorar o elevar el nivel del ejercicio profesional de los letrados y las letradas (en términos de corrección procesal) y, específicamente, a combatir la legendaria y lamentablemente, más vigente que nunca, práctica de la temeridad y malicia (mala fe) procesales; y II) por otro lado, estas no solo son estancas o decrecen, ya que peor aún, en honor a la verdad, tenemos que denunciar que su incidencia está cada vez en aumento.

Además, la creciente incidencia de la temeridad procesal no constituye más que el fiel y patético hecho de encontrarnos en una profunda crisis de valores (la cual ocasiona un inmenso forado moral, disvalores que perjudican gravemente al sistema jurídico, a los sujetos procesales y a la sociedad); hace que muchas veces el abogado correcto, honrado y honesto sea visto como un *"tonto"*. Así Carlos Ramos Núñez cita, en ese sentido, la obra *Un mundo para Julius* de Alfredo Bryce Echenique:

[...] Pericote Siles... un personaje risible pero feo, solterón, no muy rico, pero sobre todo, por honesto, vale decir por cojudo: el rasgo más imperdonable del fracaso... se levantaba entre sonriente y amnésico, desayunaba apurado y sabía que jugaba a llegar al estudio optimista y atareadísimo, saludando a secretarias, pidiendo llamadas telefónicas, que impresionaban a las secretarias, anunciando que les iba a dictar y fumando, ahí empezaba a creer nuevamente en lo del abogadazo, en lo del solterón interesante, en lo del play-boy, en que iba a recoger a la flight hostess, aventura para el club, así era Pericote. (Ramos Núñez, 2007, p. 147- 148).

No en vano Lorenzo A. Gardela esbozó:

El abuso procesal y los demás vicios éticos del proceso no brotan por generación espontánea...proviene de nuestro medio social de nuestro propio mundo jurídico y forense y de nosotros mismos.

En ese sentido, no nos imaginarnos acerca de la intensidad de sentimientos de decepción y frustración que seguramente deben experimentar muchos profesores y profesoras de Derecho Procesal Civil, Práctica Forense, Derecho Constitucional, Filosofía del Derecho, Ética y Deontología Forense, al ver a más de uno y una (por decir lo menos) de sus ex alumnos y ex alumnas, (hoy abogados y abogadas) ejerciendo muy campantes y avezadamente portando la camiseta del improbus litigator: abusando del proceso, demostrando que todas sus enseñanzas están siendo utilizadas (o tal vez inutilizadas) de la manera más vil como equivocada.

Así, el encontrarnos atravesando una severa crisis de valores reviste también cierta como evidente ausencia o relativismo de formación humana, la cual se remonta hasta la educación que se da en los hogares, colegios y

78. Consideramos que Couture se refirió únicamente a la lealtad que debería guardar el abogado, porque su óptica en dicho trabajo fue precisamente desde el letrado hacia los demás sujetos procesales. Dado que es bien sabido, que dicha lealtad debe ser estrictamente observada por todos los sujetos del proceso o que participan en el proceso.

centros de estudios. Esta formación nos hace, además, añorar a la encomiable labor y misión que cumplió el desaparecido gran maestro Constantino Carvalho.

Pero, a la crisis de valores (verbigracia, de valores como: justicia, honradez, igualdad, buena fe, libertad, bien común, seguridad, equidad, entre otros), de formación y educación, lamentablemente se le tiene que agregar la grave crisis por la que actualmente atraviesa la carrera de Derecho en el Estado peruano, y según lo señalado por Federico Mesinas Montero:

[...] dicha crisis puede deber su origen también a una afirmación simple, como ciertamente cuasi irrefutable: ser abogado en el Perú es demasiado fácil, pero ejercer luego correcta y plenamente la profesión resulta muy complicado. (Mesinas Montero, F., 2006, p. 06).

El problema de la inconducta procesal proviene o se origina desde la educación o formación en la familia (ausencia o defecto de la ética de entrecasa⁷⁹) y continúa a lo largo de los estudios primarios, secundarios, universitarios (pregrado), postgrado, especialización. Entonces es equivocado combatirlo solo a nivel de pre o postgrado.

El problema de la crisis de la educación jurídica peruana también se debe a que erradamente se cree que la actualización, capacitación y especialización son solo una etapa (es decir, se niega su naturaleza de permanencia) en la vida profesional, y el problema se agrava al entender, estudiar, investigar, enseñar y ejercer el Derecho sin tomar en cuenta sus diversas disciplinas.

En ese sentido, dicha vista panorámica nos da una clara señal que la solución no debe estar dirigida al hoy, sino más bien al antes (es decir, se debe priorizar la prevención a la mera represión o sanción).

Consideramos imprescindible agregar que la intolerancia, la falta de prolijidad y rigor, desidia, apego a la *cultura del mínimo o nulo esfuerzo* y ausencia de estandarización académica de mínimos requerimientos en las distintas facultades de Derecho del país le hacen un flaco favor para revertir dicha afirmación. Todo ello se halla aunado a una aún ausente como ***urgente e impostergable verdadera política de Estado de formación, capacitación y especialización jurídica en Perú*** (la cual en su momento propusimos y desarrollamos). (Torres Manrique, J. I., 2006, p. 249- 261).

Además, debe asumirse la enseñanza del *Derecho* utilizando la óptica de la enseñanza activa con materiales de enseñanza; pero debiendo prevalecer la *andragogía jurídica por sobre la enseñanza del Derecho*, por ser más amplia, ya que comprende I) la educación jurídica (formación con valores) y II) la enseñanza del Derecho (transmisión de conocimientos). (Torres Manrique, F. J., p. 339). Esta enseñanza del Derecho desgraciadamente no se cumple mayoritariamente.

Por otro lado, es menester precisar que estos flagelos (temeridad y malicia –mala fe– procesales) no son nuevos o de hace poco, ni son de carácter exclusivo de nuestro país, más bien corresponden a una cuasi constante como patética realidad académica y educativa que cobra ribetes mundiales.

79. A propósito del nombre de la reciente y saludable columna de una conocida y muy acogida revista sabatina. (Cornejo, 2008).

Consideramos, (curioso, por decir lo menos) que el hecho mismo que muy pocas personas, juristas y no juristas, procesalistas y no procesalistas (sobre todo en nuestro medio), se hayan ocupado en desarrollar el tema de la *temeridad y malicia (mala fe)* procesales. Sin embargo, quizá se deba a una motivación de negación o esquivéz a tratar acerca de algo (conducta procesal temeraria o maliciosa) en que el mismo abogado o la misma abogada mayoritariamente incurre.

Esta actitud de apego a la cultura de la *negación* nos recuerda los no pocos como infructuosos esfuerzos (no solo de la comunidad latina) de crear un término (siquiera solo uno) para poder denominar la “*acción de decir la verdad*”, ya que a lo único que en una oportunidad se arribó fue a establecer el término “*VERACEAR*” (que deriva de veraz); pero no tuvo mayor acogida.

En consecuencia, hasta la fecha no se cuenta con al menos una palabra para específicamente significar la acción de decir la verdad. No obstante, lamentable como abismal es la diferencia que se presenta cuando fue fácilmente posible denominar la “*acción de negar o no decir la verdad*”⁸⁰.

Lo planteado implica, pues, que el juez o la jueza (*bajo el principio iura novit curia*), más que ser el juez o la jueza del juicio, del expediente o de la causa, debe ser primordialmente el juez o la jueza del proceso (director o directora) del debido proceso. La persona juzgadora tiene la obligación de estar muy atenta a este tipo de inconductas procesales (*temeridad y malicia- mala fe*).

Además, cabe considerar que lo mencionado representa un verdadero reto, una valla un tanto alta para superar, pero no imposible para ser aplicada diligente, oportuna y en la totalidad de los casos, porque valgan verdades, no solo la elevada carga procesal (ya que el problema de la crisis del Poder Judicial tiene mas aristas) no le facilita para nada superar dicho reto.

Sin embargo, huelga básicamente priorizar la prevención a la sanción, ya que las normas o el endurecimiento de estas no conseguirán el cambio de resultados como de actitud.

Empero, analizando más a fondo aún (o tal vez, realmente a fondo), tenemos que señalar que esa incapacidad de poder reflexionar que nos caracteriza como occidentales no es producto de la casualidad, sino de la causalidad. Así, tenemos que tomar en cuenta que como peruanos y peruanas (por ejemplo) presentamos inmensas fracturas. (Valdivia Cano, J. C., 1998, p. 43- 44), ya que no tuvimos las edades del “Renacimiento” ni “Ilustración” (nos saltamos con garrocha de la Edad Antigua a la Moderna).

80. Para denominar la “acción de negar o no decir la verdad”, existe gran cantidad de términos, por ejemplo tenemos: mentir, engañar, embustear, trapalear, bolear, urdir, trufar, embrollar, burlar, timar, tapar, trapacear, embaucar... entre otros. (Gispert, C., p. 390).

En tal sentido, carecemos de la capacidad de repensar, reflexionar, reaprender a pensar a partir de nosotros y nosotras mismos y nuestro entorno –o simplemente renacer–, así como la pérdida de fe en todo tipo de dogmas que el Renacimiento le otorgó a la Europa en los siglos XI y XV. Esta es la explicación de nuestra gran tara.

A dichas fracturas, tenemos que agregarles (en palabras el destacado jusfilósofo Juan Carlos Valdivia Cano, en su revelador y agudo ensayo *“La enfermedad del amor”*) el hecho de que somos mestizos [y mestizas] hechos o resultantes de una suerte de tutifrutti (mezcla) de una cultura autóctona (inca), moral cristiana, instituciones de poder romanas (Parlamento, Poder Judicial) y estructura mental griega, y griega es o significa (entre otros aspectos) platónica. Lo que nos otorga la tendencia de definir las cosas por su objetivo o ideal y no por lo que estas efectivamente o de manera integral total o completa son (por ejemplo: cuando nuestra cultura occidental define la palabra amor lo hace idealmente (única y unánimemente como algo, noble, sublime y maravilloso –amor platónico– y no por lo que realmente es en su totalidad, se olvida así de los celos, la traición, el tedio, la mentira, el poder, el desencuentro, la cachetada, el escándalo, el odio, la muerte...).

Nuestra cultura no entiende que finalmente el amor es un problema cronológico, es solo cuestión de tiempo. El amor es una enfermedad crónica (no es que los amantes estén enfermos, sino que Eros mismo lo está.). Así, tarde o temprano (los celos siempre diligentes descifrarán los decepcionantes signos amorosos) el o la amante probará el avinagrado sabor de la lucidez (dicha lucidez está empedrada de desilusiones). Alguien dirá, ¿no hay o existe el amor puro (o solo el de la parte bonita)? (*“Ese amor ando buscando”*, no pocas personas afirman frecuentemente).

Fernando Savater responde por cierto afirmativamente, pero refiere que solo el amor de King Kong (el más alto, grande, que todo lo espera y todo lo da –a cambio de nada–, único y “verdadero” amor que solo apareció en la pantalla grande). Así, no ser platónico es ir más allá de Platón, entonces, es aceptar que el Danubio no es azul, es sucio, marrón, agua con barro y aceite (por decir lo menos).

Por eso, Juan Carlos Valdivia Cano considera que en asuntos de amor, mejor situado que Platón está Zarathustra (*“amor: en los medios la guerra, y en el fondo odio eterno entre los sexos”*).

Luego, a la luz de las carencias⁸¹ occidentales y peruanas reseñadas, nos huelga citar a Ortega y Gasset (*“el hombre no es tal, sino es él y sus circunstancias”*) para tener en cuenta que todo lo que nos ocurrió como cultura trajo como resultado lo señalado, lo cual no se puede salvar o pasar por alto así nomás⁸².

81. Carencias (de edades) y fracturas (culturales) que también pueden ser investigadas y analizadas por la ciudadanía de cada Estado o país occidental, respecto de su caso concreto, a efectos de poder realmente entender su propia naturaleza y acceder al estado de lucidez que refiere Juan Carlos Valdivia Cano, para luego realizar lo propio al respecto.

82. Sin embargo, no podemos dejar de resaltar que siempre es bueno o saludable conocerse realmente a sí mismo (ya sea como persona, como ciudadano y ciudadana, como nacional o como parte de una cultura). Sea cual fuera la conclusión o verdad a la que arribemos. La verdad (simplemente), por cruda que sea, no mata, solo aturde un poco; pero luego, a partir de ella, podemos efectivamente empezar a ir en busca de nuestra propia solución o evolución. Así, acertadamente se sentencia *“conócete, acéptate y supérate”* y *“para saber dónde dirigirte, primero debes tener conocimiento acerca de dónde te encuentras”*, además. En consecuencia, es falso como erróneo que alguien pretenda superarse sin previamente haberse conocido y aceptado, o que quiera ir o conseguir algo (la superación o el éxito, por ejemplo), sin tener la menor idea acerca de dónde y cómo se encuentra inicialmente.

Finalmente, dejamos constancia de que solo planteamos un término como ejemplo, aparentemente sencillo (amor), con lo cual se pudo ver el desastroso “problema” que desencadenó (amor platónico). Así, imaginemos lo que ocurre cuando se investiga, discute, analiza y “reflexiona (reiteramos que reflexionar proviene de renacer/ volver a pensar/aprender de los errores; es decir, del aprendizaje otorgado por la época del Renacimiento europeo, la cual no tuvimos)”, acerca de temas de derecho como lo son, verbigracia, específicamente la temeridad o mala fe (malicia) procesales.

Por otro lado, (si con todo lo señalado, no bastara) actualmente hasta pareciera que muchos letrados y letradas habrían perdido el norte o verdadero sentido de la profesión que no es otra que la “*justicia y corrección*”, ya que muchas veces parecen estar más preocupados en adoptar o aparentar insospechadas y hasta risibles actitudes como formas idiomáticas que les son inapropiadas (utilizar una surte de *latíñol pseudo jurídico*, es decir, hablar en latín y español a la vez o alternadamente con palabras carentes de naturaleza jurídica) y totalmente ajenas (*spanglish pseudo jurídico*, es decir, lo mismo pero con la utilización del español e inglés).

Esta situación se debe principalmente a que: I) dichas formas idiomáticas no son válidas como idioma oficial de Estado alguno; II) no corresponden necesariamente a terminología jurídica en inglés –al menos la mayoría– porque simplemente son palabras de uso diario y común traducidas al inglés e incluidas como lenguaje abogadil, peor aún cuando se fuerzan palabras no técnicas o jurídicas del inglés para adaptarlas al lenguaje técnico peruano; III) solo es utilizada para proyectar una imagen distinta a la real o un supuesto elevado nivel profesional y académico jurídico que muchas veces ciertamente no se tiene; IV) al imposter dicha actitud lo único que se consigue es evidenciar una patética falta de madurez y propiedad no solo al expresarse (vulgarización del Derecho y de la profesión de abogado y abogada), porque no es correcto que siendo abogados y abogadas se expresen o conduzcan como si no lo fueran, y V) demuestra una falta de respeto a la majestad de la profesión de Derecho, a sus colegas y finalmente a ellas y ellos mismos.

Dicho comportamiento referido en el párrafo anterior es exquisito, crudo, directo y ampliamente reseñado (advertencia: cualquier parecido del caso particular de un letrado o una letrada con los hechos narrados no se achacan únicamente a la tan mentada *pura coincidencia*, sino más bien a la mera y triste realidad, además, invocamos recurrir, según el caso, sesudamente a la autocrítica y autoanálisis. Nosotros ya hicimos lo propio respecto de los que nos corresponde. Así que quien se pica pierde), con la maestría que lo caracteriza, por el profesor Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena:

[...] estando en la fila de los ascensores del edificio de los juzgados oí que una persona (supuse que abogado, pero dudo que letrado) le decía con énfasis a otra que venía a reclamarle a un juez porque éste le había despedido la demanda de un caso que patrocinaba. Como su interlocutor asentía insinuando que coincidía con la apreciación, no quise resistirme a la curiosidad y agucé el oído por si había escuchado mal. Pero no me equivocaba, no: el enojado sujeto seguía acalorándose y protestando por lo del dismiss... después de unos minutos caí en la cuenta, anticuado y lerdo de mi, que lo a lo que se refería el abogado que con tanto lustre pretendía expresarse era a que el juez le había declarado inadmisibile por no tener razón. ¡Inefable empleo del término dismiss, que en ingles se emplea a veces para significar el rechazo de un pedido!. No puede refrenarme, porque mi paciencia es mucho más reducida que la fila en la que estaba. Y aún a riesgo de que me juzgaran de impertinente (que seguramente lo hicieron) me inmiscuí en el diálogo para decirle a quien así se expresaba que no era necesario recurrir a extranjerismos cuando tan bien nos podemos entender en español... los abogados, desgraciadamente no nos quedamos a la zaga. En textos y manifestaciones orales, muchos parecer disfrutar acometiendo lengua o pluma en ristre contra nuestro castellano. Para

no quedar como indoctos o faltos de buen estilo, desde antaño es casi de regla en nuestra profesión legal despachar de tanto en tanto unas palabritas en latín. (O en lo que a él pudiera parecésele, como decir- prometo que lo he oído- que fulanito de tal había hecho algo de mutuo propio). Pero para no estar desfasados hogaño hay que introducir algunos términos anglosajones. ...para marketarse bien y estar apropiadamente rankeado el abogado que se precie no debe decir que ha preparado el estatuto, eso lo hace cualquiera. Antes bien debe prestigiarse, engolar la voz y afirmar que ha producido un documento con los by laws. Pero queda mejor aún si, le puntualiza a su oyente (esto es, lo llena de puntos) que por mail (y no por correo electrónico) la ha forwardado (y no enviado o transmitido) un draft (¡qué ordinario y chabacano suena eso de propuesta, proyecto o borrador!) del shareholders agreement, al que el urgido cliente (porque los closing de acuerdos no admiten dilaciones) podrá acceder en diligente uso de su avanzada y completísima palm. El abogado que en esta área ejerce ya no lo hace en Derecho Societario, que parece plebeyo o poco serio, sino que se dedica al corporate law. Porque lo suyo, ¡faltaría más!, es el mundo del business, que es más provechoso que los decadentes y manidos Derecho Civil, Comercial o Penal... la tarde del abogado transcurre entre meetings, conference calls y working papers. Además, ha tenido que ir a una repartición pública para que le fedateen un documento. Ocupado con tantas cosas, si su secretaria le avisa que un cliente le llama por teléfono le responde, contéstale que no me encuentro. Y la secretaria dirá: el doctor no se encuentra. Con lo cual quien llamó tal vez quede perplejo y preguntándose si debe buscar otro abogado, pues como el que lo atendía no se encuentra, sin duda se ha perdido, se ha extraviado sin saber donde, o está tan perturbado que no puede encontrarse a sí mismo. Y claro, después del agotamiento que producen tales jornadas laborales a full con tanta fatiga de la sustancia cerebral como por cierto requiere esfuerzo de expresarse mal en dos idiomas, y como es viernes empieza el week end, el abogado no se puede quedar en stand by en lo que resta (por lo que falta de la noche). De modo, pues, que especula sobre que hacer, en vez de detenerse a pensar sobre sus alternativas de distracción. Pero decide irse a dormir, porque ha sido extenuante tener a las neuronas haciendo piruetas para entenderse en el nuevo Babel. (Lohmann Luca de Tena, G., 2004, p. 10-11).

Por otro lado, dado que el debido proceso se encuentra reconocido en sus tres dimensiones: I) “jurisdiccional” que garantiza un proceso debido a nivel judicial, arbitral y militar; II) “administrativo” que garantiza lo propio en sede de la Administración Pública; III) “corporativo particular” que garantiza también un debido proceso entre particulares, y tomando en cuenta que la normatividad referida solo se encuentra orientada a la comisividad de la temeridad y malicia procesales; es decir, solo a nivel procesal jurisdiccional, concluimos lógicamente en señalar que no es óbice para que dichas negativas prácticas procesales no se encuentren presentes (o no tengan incidencia) en los niveles procesal administrativo y procesal corporativo particular.

La temeridad y mala fe (malicia) procesales no se encuentran debidamente deslindadas –diferenciadas– en los siete incisos del artículo 112 del Código Procesal Civil peruano. Es más, dicha situación (a juzgar por el análisis de sus respectivas jurisprudencias), tampoco la tiene clara el Tribunal Constitucional peruano. Además, a nuestro entender es injusto –tanto para los sujetos pasivos de la malicia, como para el derecho– que el inciso 6 del citado artículo exija que la misma tenga que ser “reiterada” para que se configure como tal. Así también es injusto para los mismos la no diferenciación señalada.

Asimismo, cabe tomar en cuenta que la sola mención de seguridad *cien por ciento* (ya sea vía solicitud o promesa) acerca de la eventual culminación favorable de una causa judicial (salvo que se trate de casos excepcionales, por propia naturaleza) nos da una señal inequívoca que lo que se pretende es utilizar todos

los medios (temeridad y malicia procesales, incluidas) para la concreción de dicho cometido; es decir, no se puede prometer la seguridad absoluta de ganar un juicio, ya que el **ejercicio del derecho tiene la naturaleza de medios y no de resultado**.

No somos médicos, pero nos atrevemos a mencionar (sin temor a equivocarnos) que la sociedad jurídica peruana (no solo peruana) yace infectada de los virus de la temeridad y malicia (mala fe) procesales: presa de los virus “*temerarius*” y “*maliciarius*”, por así decirlo. Pero como en medicina, si la persona enferma desea curarse, es sabido que, en primer lugar, debe aceptar que tiene o padece una enfermedad. En similares términos señalamos que la sociedad jurídica (no solo jurídica) solo podrá aminorar o combatir frontalmente a dichos virus si antes reconoce su situación actual –encontrarse envirada de ellos– (ya que lo peor que se puede hacer frente a un problema, más aún si es evidente, es desconocerlo o negar su existencia).

En consecuencia, nos queda realizar un previo *mea culpa* respectivo, ya que nada ganamos si optamos o reincidimos por la cuasi institucionalizada *conducta o actitud de la no aceptación o negación de la realidad* (de la desoladora realidad diremos).

Solo hemos expuesto algunas ideas y reflexiones de temas (flagelos fundamentalmente de origen y práctica humanos) tan amplios, profundos como apasionantes, los cuales claman aportes desde hace mucho, pero sobre todo acciones que se caractericen en cómo asegurar su oportunidad, utilidad, proporcionalidad, prudencia y excepcionalidad. No abrigamos quimeras que persigan la desaparición o eliminación pronta o lejana de la práctica de la temeridad y mala fe (malicia) procesales.

Es preciso dejar constancia de que el presente escueto trabajo no contiene la aspiración de constituirse en una especie de “*Teoría General de la Temeridad y Malicia (mala fe) procesales*”; muy por el contrario, lo que nos mueve es que únicamente sea apreciada como solo una herramienta de consulta.

Empero, más aún nos motiva el hecho de llamar a la reflexión (por ende, a la actuación madura y razonada, en consecuencia) sobre estos temas/problemas como son la temeridad y la malicia (mala fe) procesales que conllevan al abuso del derecho en perjuicio del sujeto procesal pasivo tanto como a la naturaleza del derecho (los que además ponen en serios aprietos a la legitimidad del derecho y justicia, al encontrarse a merced de los actores procesales que abusan del derecho en el proceso).

Con el solo hecho de que el presente trabajo sea eventualmente considerado (*puesto sobre el tapete de cualquier palestra académica*), debatido, analizado, reflexionado, profundizado, criticado y tal vez puesto en práctica (aunque escasamente), nos daremos amplia y complacidamente por servidos.

XIV. Sugerencias

Dado que la creciente incidencia de la temeridad y malicia (mala fe) procesales peruanas es básicamente producto de la crisis de valores que nos agobia y que hace mucho hace agua por todos lados, sugerimos la inmediata ***implantación de una decidida, efectiva y sostenida política de Estado de inculcado de valores en la educación inicial y primaria principalmente***, ya que por psicología se tiene conocimiento de que el ser humano asimila, aprende y fija los valores hasta la edad de doce años. Luego de esa edad, desde el punto psicológico (reiteramos), es prácticamente insulso modificar, en este caso, para mejorar el aspecto axiológico de cada persona.

Proponemos el **urgente desarrollo (por parte del Tribunal Constitucional peruano) de los supuestos y significados de la mala fe (malicia) y temeridad procesales, así como sus respectivos deslindes de los siete incisos del artículo 112 del Código Procesal Civil peruano**. Este desarrollo y sus deslindes contribuirán en gran medida a la correcta determinación (de la existencia y efectos) y sanción de dichas prácticas procesales negativas. Además, se debe incluir en dicho artículo el término malicia como sinónimo de mala fe, por ser más técnico legislativamente.

En tal sentido, sugerimos que para efectos del respectivo desarrollo y deslinde legislativo, así como de aplicación de políticas de Estado destinadas a conseguir el aminoramiento de su incorrecto accionar, reiteramos que es imprescindible que **estos no solo deben estar orientados al nivel o dimensión procesal jurisdiccional, sino también en los niveles procesal administrativo, como procesal corporativo particular**.

Proponemos la urgente e insoslayable creación e implantación de un **registro nacional e internacional integrado judicial y extrajudicial (militar, arbitral, comunal y administrativo, entre otros) de temerarios y maliciarios procesales**, el cual contenga el archivo unificado de los sujetos procesales que incurrieron en temeridad y/o malicia (mala fe) procesales, debiendo a la vez permitir las búsquedas por nombre de la persona, proceso, vía procesal y por número de expediente, para lo cual se deberá diseñar un programa informático especial creado en un gestor de base de datos. También debe ser accesible a la población en general vía Internet. Consideramos que la creación de dicho registro contribuirá decididamente a la disminución paulatina de dichas prácticas tan perjudiciales para el derecho como para la sociedad.

Creemos que es inadecuado exigir que la actitud maliciosa o de mala fe (la cual a nuestro entender se refiere el inciso 6 del artículo 112 del Código Procesal Civil peruano) tenga que ser “reiterada”; en primer lugar, porque la naturaleza misma de dicha práctica procesal negativa revela maldad (malicia); es decir, mayor gravedad que la temeridad, y en segundo lugar, porque inexplicablemente y de manera desproporcionada solo se exige (tal reiteración) a la malicia regulada en dicho inciso; pero no ocurre lo mismo en ningún otro inciso del citado artículo.

Consideramos que las denominaciones más apropiadas (en lugar del abuso del derecho) son: “abuso del proceso”, **“abuso en el proceso” o “abuso de los derechos procesales”**, dado que, si bien es cierto, que lo se persigue es modificar, prolongar o postergar –sacando ventaja de manera ilegítima– la sentencia o sus efectos; para tal fin se hace uso abusivo de inconductas a nivel procesal, ergo se abusa específica e inicialmente del o en el proceso.

XV. Propuesta Legislativa

Finalmente, luego de haber desarrollado los temas de la malicia (mala fe) y temeridad procesales, haber esbozado las respectivas conclusiones y sugerencias –utilizando las consideraciones y precisiones conceptuales de la presente investigación anteriormente expuestas (en el acápite: “el artículo 112 (“no deslindado”) del Código Procesal Civil peruano”, del presente trabajo)–, formulamos la propuesta legislativa.

Así, dado que el artículo 112 del Código Procesal Civil peruano solo se limita a indicar “se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos”, sin determinar específicamente cuáles incisos están referidos a la temeridad y cuáles a la mala fe, además al tomar en consideración que temeridad y mala fe no son sinónimos, como sí lo son –desde nuestro punto de vista– la mala fe respecto de la malicia procesal y, finalmente, aprovechar para suprimir el término “reiteradamente” del inciso 6 del artículo señalado, es necesario que este sea sustituido por el siguiente texto:

“Art. 112 del Código Procesal Civil peruano:

112.1. Se considera que ha existido temeridad procesal en los siguientes casos:

- I) Inc.1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio.
- II) Inc. 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.
- III) Inc. 3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente.

112.2. Se considera que ha existido mala fe (malicia) procesal en los siguientes casos:

- I) Inc. 1. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.
- II) Inc. 2. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios.
- III) Inc. 3. Cuando por cualquier medio se entorpezca el desarrollo normal del proceso;
- IV) Inc. 4. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación (Inciso agregado por el Artículo 2 de la L. N.º 26635, en fecha 23-06-96)”.

XV. Referencias

17.1.Doctrina

Alsina, H. (1961). Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Tomo IV, segunda parte. Segunda edición. Buenos Aires- Argentina: Ediar S. A. Editores.

Alzamora Valdez, M. (1981). *Derecho procesal civil*. Teoría general del proceso. Séptima edición. Lima- Perú: Tipo- Offset- Sesator.

Alzamora Valdez, M. *Derecho procesal civil*. Teoría general del proceso. Octava edición. Ediciones Eddili. Lima- Perú.

Bidart Campos, G. J. (1968). *Derecho Constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar.

Bustamante Alsina, J. (1992). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires Abeledo- Perrot.

Cabanellas, G. (1994). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo I. 23ª edición, revisada, actualizada y ampliada. Lima- Perú: Editorial Heliasta.

Capitant, H. (1986). *Vocabulario jurídico*. Buenos aires, Argentina: Ediciones Depalma.

Carnelutti, F. (1959). *Instituciones del proceso civil*. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.

Castillo Alva, L. (2006). *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Tomo I. Lima- Perú: Palestra Editores.

Castillo Quispe, M. y Sánchez Bravo, E. (2007). *Manual de derecho procesal civil*. Lima- Perú: Jurista Editores.

Chanamé Orbe, R. (2002). *Diccionario jurídico moderno*. 3ª edición. Lima- Perú.

Chiauzzi, H. (1982). *Derecho romano*. Lima, Perú: Ediciones Peisa.

Chiovenda, Guisepppe. (2004). *Condema en costas*. Argentina: Valletta Ediciones.

- Cornejo, P. (2008). *Síganme los buenos*. Ética de entrecasa: el fin casi nunca justifica los medios. Revista Somos del diario El Comercio. Año XXI, n.º 1143, 01/11/ 08
- Couture, Eduardo J. (1983). *Vocabulario jurídico*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina.
- _____. (1978). *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo III. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.
- Devis Echandía, H. (1984). *Teoría general del proceso*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.
- Díaz Revorio, F. J. (Compilador). (2004). *Jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos*. Lima, Perú: Palestra editores.
- Espinoza Zevallos, R. J. (2005). *Los principios procesales específicos del Código Procesal Constitucional peruano* (Art., III del T. P.). En *El derecho procesal constitucional peruano*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Fernández de León, G. *Diccionario jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones contabilidad moderna.
- Gozaini, G. A. (2005). *Elementos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera.
- Gozaini, O. A. (1988). *La conducta en el proceso*. Buenos Aires: Librería Editora Platense S.R.L.
- Guasp, J. (1998). *Derecho procesal civil*. Tomo primero. 4ª edición. Madrid, España: Editorial Civitas.
- Hinostroza Minguez, A. (2006). *Comentarios al Código Procesal Civil*. Segunda edición actualizada. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Iglesias, J. (1982). *Derecho romano*. 7ª edición. Barcelona: Editorial Ariel, S. A.
- Infantes Mandujano, P. A. (2000). *Diccionario jurídico*. 1ª edición. Lima, Perú: Ediciones legales.
- Landa Arroyo, C. (Comp.). (2005). *Jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*. Lima- Perú: Palestra editores.
- Lohmann Luca de Tena, J. G. (2004). Los yuppies, algunos abogados y el nuevo idioma. *Gaceta Jurídica. Legal Express*, n.º 44. Agosto. Lima- Perú:
- Lorenzzi Goicochea, R. (2005). *Diccionario jurídico Tesoro*. Lima, Perú: Librería y Ediciones jurídicas.
- Masías Zavaleta, D. (2004). *Diccionario jurídico*. Arequipa, Perú: Editorial Adrus.
- Maurino, A. L. (2001). *Abuso del derecho en el proceso*. Argentina: Editorial La Ley.
- Mesía, C. (2005, noviembre). *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. *Gaceta Jurídica*. Segunda edición aumentada. Lima, Perú:
- Mesinas Montero, F. (2006, marzo). Día del abogado. ¿Motivo para celebrar? *Gaceta Jurídica. Legal Express* n.º 63. Lima, Perú.
- Monroy Cabra, M. G. (1988). *Principios de derecho procesal civil*. Tercera edición Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Morales Godo, J. (2005). *Instituciones de Derecho Procesal*. Primera edición. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Naymark y Cañadas, A. (1946). *Diccionario jurídico Forum*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina. Argentina.

- Novak, F. y Namihas, S. (2004). *Derecho internacional de los derechos humanos*. Lima, Perú: Academia de la Magistratura.
- Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, A. (1992). *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Tomo II. Santa Fe: Editorial Rubinzal Culzoni.
- Palés, M. (Dir.). (2002). *Diccionario jurídico Espasa Lex*. Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A.
- Palomino Manchego, J. F. (Coord.). (2005). *El derecho procesal constitucional peruano*. Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley.
- Paredes Infanzón, J. (1999). *Diccionario de Derecho Procesal Civil peruano*. Lima, Perú: Editorial San Marcos.
- Peyrano, J. W. (Dir.). (2001). *Abuso procesal*. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires.
- Rambaldo, J. A. (2001). *El abuso procesal*. En Peyrano, J. W. *Abuso procesal*. (Dir.). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
- Ramos Núñez, C. (2007). *La pluma y la ley: abogados y jueces en la narrativa peruana*. Primera edición. Lima, Perú: Fondo editorial de la Universidad de Lima.
- Ribó Duránd, L. (1987). *Diccionario de derecho*. Barcelona, España: Editorial Bosch.
- Ruiz García, A. D. y Almeida, O. (2004). *Diccionario jurídico & latino*. Lima, Perú: Edigraber.
- Sagástegui Urteaga, P. (2003). *Exégesis y sistemática del Código Procesal Civil*. Volumen I. Primera edición. Lima-Perú: Editora Jurídica Grijley.
- Sagástegui Arteaga, P. (1996). *Teoría general del proceso judicial*. Primera edición. Lima, Perú: Editorial San Marcos.
- Torres Manrique, F. J. (2005 julio/agosto). *La enseñanza del derecho*. Revista Jurídica del Perú. Lima, Perú: Editora Normas Legales. Año LV. N.º 63.
- Torres Manrique, J. I. (2008 Abril/mayo). *Derecho global y neoconstitucionalismo: Teorías jurídicas contemporáneas*. Revista de Derecho, Empresa & Negocios. Lima, Perú: Talleres Gráfica Anita. Año 02. N.º 04.
- _____. (2009, abril). *Temeridad y malicia procesales en el sistema jurídico peruano*. Revista Jurídica del Perú de Editora Normas Legales (Tomo N.º 98, p. 303-322).
- _____. (15/04/2008). *Piero Calamandrei Pimpinelli: gran maestro y procesalista de la juridicidad mundial*. En Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano, "Jurídica", Lima, Perú, n.º 194,.
- _____. (Octubre/diciembre 2006). *Hacia una política de formación, capacitación y especialización jurídica en el Perú*. Revista Jurídica del Perú. (Edición homenaje al maestro Carlos Fernández Sessarego). Lima, Perú: Editora Normas Legales. Año LV, n.º 69.
- Valdivia Cano, J. C. (1998). *La caja de herramientas (Introducción a la investigación jurídica)*. Arequipa, Perú: Impresiones Zenith.
- VV. AA. (2003). *Debido proceso*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni Editores.
- _____. (2005). *Diccionario jurídico*. Lima, Perú: Editorial San Marcos y Ediciones legales.

_____. (1993, diciembre). Orientaciones y tendencias sobre el Código Procesal Civil. *Revista El Derecho*. Publicación oficial del ilustre Colegio de Abogados de Arequipa. Arequipa, Perú.

Vargas, Abraham L. (2001). *El ejercicio abusivo del proceso (criticismo y relativismo filosófico- científico vs. Existencialismo y realismo legislativo, jurisprudencial y doctrinario)*. Peyrano, J. W. (Dir.). En Abuso procesal. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.

Varsi Rospigliosi, E. (2008). *Derecho deportivo en el Perú*. Primera edición. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

_____. (2006, julio). El juego limpio y la incertidumbre de nuestro derecho. En *Legal Express*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica. Año 6, n.º 67.

Zavaleta Gonzáles, W. (2006). *Código Procesal Civil*. Tomo I. 5ª edición. Lima, Perú: Editorial Rodhas S.A.C.

17.1. Legislación

1. Constitución Política peruana
2. Código Procesal Constitucional peruano
3. Código Civil peruano
4. Código Procesal Civil peruano
5. Ley Orgánica del Poder Judicial peruano
6. Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú
7. Principios Básicos sobre la Función de los Abogados de las Naciones Unidas
8. Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica
9. Código Procesal Civil y Comercial argentino
10. Código General del Proceso uruguayo
11. Ley de Enjuiciamiento Civil española
12. Código de Procedimiento Civil venezolano
13. Código Procesal Civil italiano
14. Código de Procedimiento Civil boliviano
15. Código Procesal Civil brasileiro
16. Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea

17.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano

1. Exp. N.º 099-95-AA/TC
2. Exp. N.º 632-2001-AA/TC
3. Exp. N.º 1326-2001-AA/TC
4. Exp. N.º 200-2002-AC/TC
5. Exp. N.º 354-2002-AA/TC
6. Exp. N.º 1200-2003-AA/TC
7. Exp. N.º 2620-2003-HC/TC
8. Exp. N.º 2851-2003-AA/TC
9. Exp. N.º 3338-2004-HC/TC
10. Exp. N.º 340-2005-PA/TC
11. Exp. N.º 1660-2005-PA/TC
12. Exp. N.º 2016-2005-PA/TC
13. Exp. N.º 5088-2005-PA/TC
14. Exp. N.º 6712-2005-HC/TC
15. Exp. N.º 8094-2005-PA/TC
16. Exp. N.º 294-2006-Q/TC
17. Exp. N.º 3165-2006-PHC/TC
18. Exp. N.º 4496-2006-PHC/TC
19. Exp. N.º 5737-2006-PA/TC
20. Exp. N.º 5784-2006-PA/TC
21. Exp. N.º 5853-2006-PHC/TC
22. Exp. N.º 6146-2006-PA/TC
23. Exp. N.º 8823-2006-PA/TC
24. Exp. N.º 10063-2006-PA/TC
25. Exp. N.º 183-2007-PA/TC

- 17.4. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos** (Caso Ivcher Bronstein, sentencia 06/02/2001)
- 17.5. Convención Americana sobre Derechos Humanos** (Pacto de San José, Costa Rica)
- 17.6. Constitución Política de EE. UU. de 1787** (Carta de Derechos)
- 17.7. Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**

Algunas Consideraciones en torno a la Ejecución Contractual en la Contratación Administrativa Costarricense

Ana Lía Umaña Salazar¹

Preámbulo

La contratación administrativa, en nuestro sistema jurídico, no es un objetivo de la Administración, sino un medio a través del cual, se busca satisfacer el interés público. La contratación se compone de tres grandes fases: la primera es la fase procedimental de la contratación, la segunda es la fase de formalización y una tercera, la más importante a mi juicio, es la fase de ejecución contractual.

El Estado maneja una gran cantidad y diversidad de asuntos por medio de su gestión administrativa; con el objeto de satisfacer los fines públicos, debe realizar contratos con los y las particulares, pues ello es indispensable para la consecución de bienes y servicios y el cumplimiento de sus objetivos.

El contrato administrativo es el acuerdo de voluntades en el cual, una de estas, pertenece a la Administración Pública, y tiene por objeto la satisfacción de una necesidad pública. Esta particular definición conlleva la característica de que el contrato administrativo tiene como causa el interés público, y el servicio público es el objeto, así como la mutabilidad del contrato y la desigualdad de las partes contratantes, ya que la Administración posee en sus contratos las potestades exorbitantes.

Un elemento importante que se debe tomar en cuenta, dentro de estas características, radica en que la diferencia de los contratos administrativos con los contratos privados es que mientras que en estos últimos priva el principio de que el contrato es ley entre las partes, en los contratos de la Administración, por el contrario, la ley, es ley entre las partes, pues los negocios del Estado están permeados de la legalidad por cuanto se encuentran expresamente regulados, y lo que se debe y no se debe hacer en ellos está contemplado en el Ordenamiento Jurídico.

La Administración, en su accionar, está necesariamente sometida al bloque de legalidad y también a la necesidad de controlar el gasto público, y en su función garantista, de velar por el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades para la ciudadanía.

Ahora bien, encontramos plasmada la norma base de las compras del Estado en el artículo 182 de la Constitución Política, de esta norma se deriva toda una regulación tendiente a la maximización de los recursos del Estado, con especial énfasis en la planificación de las compras, aspecto que se ve reflejado de manera importante en las recientes reformas a la Ley de Contratación Administrativa número 7494 que entró a regir el 1 de mayo de 1996, mediante la Ley 8511 del 16 de mayo de 2006, la cual incorpora cambios sustanciales al sistema de compras del Estado y su Reglamento emitidas mediante los decretos números 33758-H, 33860-H, 34049-H y 34974-H.

Y es que la planificación de las compras tiene su razón de ser, por cuanto es el aspecto fundamental para garantizar con éxito que los bienes y servicios por adquirirse son los requeridos por la institución y que, al mismo tiempo, se ajustan a lo presupuestado por esta. Además, la planificación de las compras del Estado comprende no solamente

1. Licenciada, asesora legal del Departamento de Auditoría Judicial del Poder Judicial de Costa Rica.

la obligación de contar con un programa de adquisiciones proyectado para el año correspondiente, sin que esto implique necesariamente el compromiso de contratar, sino también, como es obvio y requisito que debe incluirse en el programa de adquisiciones, con presupuesto para esas adquisiciones, ya que no es posible iniciar una contratación, sin contar con recursos presupuestarios para ello, salvo en los casos en que la Administración se compromete a obtenerlos en determinado momento, de acuerdo con lo señalado por la ley y la previa aprobación de la Contraloría General de la República.

Sin embargo, saber qué se va a adquirir y contar con los recursos suficientes para ello no es todo lo que la Administración necesita para realizar una compra exitosa que realmente satisfaga el interés, tanto de esta como el interés público, en torno al tema, se mueve una serie de aspectos de planificación, como por ejemplo: la elaboración de especificaciones técnicas por parte de una persona competente para ello, presupuestarios, de tipo administrativo, como solicitudes de permisos, estudios de impacto ambiental, estudios de prefactibilidad etc. que deben tomarse en cuenta antes de iniciar la contratación. No siempre un procedimiento exitoso tiene resultados positivos, precisamente porque no se prevén aspectos básicos y de lógica que se dejan de lado por una serie de motivos, tales como: la falta de previsión, la negligencia, la impericia, la inoportunidad o las malas prácticas administrativas.

La decisión inicial debe contar con una descripción del objeto, las características de los bienes, obras o servicios que se requieran, en general, las especificaciones técnicas. Este punto es fundamental, porque de esto depende una contratación exitosa. Por un lado, tenemos que hay bienes que para su adecuado funcionamiento requieren de algunos elementos accesorios que deben existir en el momento en que el bien es entregado, como por ejemplo, en la compra de software es necesario que exista previo a la entrega, equipo de cómputo compatible con el software adquirido, o bien, equipo médico que debe estar ubicado en cuartos con condiciones específicas para su adecuado funcionamiento.

Por tanto, si este equipo es entregado a tiempo por parte del proveedor, no es aceptable, bajo ninguna circunstancia que no se haya acondicionado el lugar en el cual se va a ubicar; ello es contrario a la lógica y a la razonabilidad, así como perjudicial para los intereses de la Administración contratante y, por ende, es dañoso para el interés público, por cuanto, si el equipo no entra en funcionamiento en el momento en que es entregado, no solamente afecta la posibilidad de hacer valer las garantías de cumplimiento y de buen funcionamiento en el momento oportuno, sino que el interés público se ve insatisfecho, porque el atraso en la entrada en funcionamiento del mismo afecta a la persona usuaria directamente.

También podría ocurrir en el caso de los arrendamientos de locales para ubicar oficinas o consultorios médicos etc., ya que normalmente lo que se arrienda son viviendas y estas deben ser remodeladas para que las oficinas puedan prestar adecuadamente el servicio público. De ahí que si la propia Administración realiza la remodelación, esta debe agilizarla lo antes posible, a fin de que no transcurra mucho tiempo durante el cual se esté pagando la renta por concepto de alquiler, sin que el inmueble esté siendo utilizado para lo cual fue contratado.

Igualmente ocurriría, si la remodelación es contratada a una persona tercera, ya que en este caso lo lógico sería que paralelo al procedimiento de arrendamiento en la medida de lo posible, se esté llevando a cabo el procedimiento para contratar la remodelación y que ello no atrase mucho la entrada en funcionamiento del inmueble arrendado. Debemos recordar que en este último caso, la Administración, por lo general, acude a la contratación directa para adquirir inmuebles en arriendo, pues estos muchas veces requieren de características tales que solo un proveedor puede cumplirlas.

1. Definición de la necesidad no es lo mismo que el objeto

Un aspecto que afecta las contrataciones del Estado es la falla en la definición de la necesidad por parte de este. Es importante tener presente que la necesidad es lo que debe estar claro para la Administración. Determinar qué es lo que necesita es lo básico para saber con qué se solventará esa necesidad y, de esa forma, no equivocarse en la adquisición de los bienes o servicios.

El objeto contractual va en función de la necesidad, por ejemplo, en la compra de esposas para uso de las autoridades policiales, la necesidad de la Administración es **“La Adquisición de un dispositivo para inmovilizar a las personas detenidas”**; el **objeto** son las esposas propiamente dichas, pero al momento de hacer la compra, es necesario que se especifiquen claramente las características que las mismas deben tener, en cuanto a cantidad, material en que están hechas, tipo o modalidad de dispositivo etc.

Para que la compra sea un éxito, depende mucho de lo que se indique en el cartel de licitación, ya que lo descrito en las especificaciones técnicas, es lo que ofertarán los potenciales proveedores, por ende, un cartel mal elaborado trae como consecuencia la adquisición de un bien o servicio que no cumple las expectativas de la Administración, por cuanto las especificaciones técnicas estuvieron mal elaboradas y, por ende, no se satisface la necesidad, porque el objeto estuvo mal especificado.

Aunado a este tema, es necesario que la persona funcionaria de la Administración que elabore las especificaciones técnicas sea experta en el área del bien o servicio que se vaya a contratar, ya que con ello podemos medianamente asegurarnos de que la descripción del objeto está de acuerdo con los requerimientos del área que tiene la necesidad. En este sentido, soy del criterio de que tanto quien elabore las especificaciones técnicas como quien reciba el bien o servicio al momento de hacer el recibido conforme, deben ser personas funcionarias competentes con la pericia suficiente para describir un objeto de acuerdo con la necesidad del área que lo requiere, así como para dar el recibido conforme, por cuanto el recibido conforme, como parte de la fase de ejecución contractual, tiene un impacto trascendental en el cumplimiento del cometido de la Administración, el cual es la adquisición del bien o servicio requerido para satisfacer una necesidad pública.

2. Consideraciones en torno a la ejecución contractual

El Reglamento de la Contratación Administrativa regula la ejecución contractual a partir de su artículo 192 y siguientes. Antes bien, diremos que la Administración en la decisión inicial debe disponer de una persona encargada del contrato, cuya designación es importante cuando por la magnitud del negocio o porque así sea conveniente al interés público o institucional, tal designación resulte conveniente para la adecuada ejecución contractual.

Al respecto, el ordenamiento dispone que la persona funcionaria competente valorará el cumplimiento de requisitos; dispondrá la confección de un cronograma de tareas responsables de su ejecución y velará por el debido cumplimiento del contrato que llegue a realizarse. Esta figura, a nuestro entender, es de vital importancia para que la ejecución contractual se realice de la mejor manera, por cuanto la labor de esta persona encargada es de tipo fiscalizador; pero al mismo tiempo, es colaboradora de la Administración en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por esta, y una de las más importantes es precisamente facilitarle a la persona contratista adjudicada el cumplimiento de las obligaciones de esta, ya que si por un lado el o la contratista debe entregar lo pactado, en los contratos administrativos, la Administración también se compromete a cumplir una serie de obligaciones a fin de que el negocio llegue a buen término.

En este sentido, la Ley dispone en sus artículos 15 y 16 la obligación de cumplimiento por parte de la Administración en los compromisos adquiridos válidamente por esta, así como prestar la colaboración necesaria para que el o la contratista ejecute de la mejor forma el objeto pactado.

Por su parte, el artículo 16 establece el deber de la Administración de tramitar cualquier gestión que el o la contratista formule cuando sea necesario, para la ejecución del contrato. En esta norma encontramos la figura del silencio positivo plasmada en el sentido de que si la Administración no resuelve motivadamente en 30 días hábiles la gestión que formule el o la contratista, de acuerdo con lo estipulado en este artículo, operará el silencio positivo y la gestión se tendrá por acogida, y esto traerá como consecuencia la eventual responsabilidad de la persona funcionaria de acuerdo con lo señalado en el artículo 96 de la Ley de Contratación Administrativa, responsabilidad que además puede ser civil y penal, según la gravedad de los hechos. Cabe agregar en este apartado que lo dispuesto en este artículo respecto del silencio positivo no opera para la materia de reajuste de precios.

La figura de la persona encargada de contrato es importante, la cual puede ser una persona funcionaria o bien un departamento, sección, oficina u órgano creado al efecto por la Administración respectiva, y con competencia para ello, con conocimientos técnicos de la necesidad para cuya satisfacción fue promovida la contratación, todo ello con el fin de que se encargue de la fiscalización y cumplimiento de obligaciones contractuales.

Tal y como se mencionó anteriormente, esta persona encargada está en la obligación de verificar el buen cumplimiento de las etapas del negocio por parte del o de la contratista, de la devolución de todo aquello que se haga en oposición a lo acordado, o bien hacerlo ver a las instancias competentes a fin de que se tomen las medidas pertinentes, tales como: la ejecución de garantías, cláusulas penales por atrasos en la ejecución del contrato o las multas previstas en su caso. Por ello la participación de esta persona encargada es trascendental para que la Administración no se vea perjudicada en sus intereses y obviamente no haya desmejora en el servicio público que se presta, sin duda alguna la responsabilidad de esta persona encargada es muy grande, y debe asumirse con la seriedad que ello implica, implementando los controles necesarios para que el cumplimiento del contrato se haga de la mejor manera, lo cual es parte del control interno con que debe contar la Administración en este proceso, así lo establece el artículo 7 de la Ley General de Control interno.

Siempre en relación con este tema, debemos recordar que la recepción de un bien, obra o servicio que no se ajuste a lo pactado, sin advertirlo expresamente a los superiores, origina responsabilidad de toda índole, tal y como se desprende del artículo 96 bis de la Ley de Contratación Administrativa y del artículo 51 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública; en este último caso, está previsto como un delito, aspecto que debe no solo ser de conocimiento de los que asumen estos roles, sino también de cualquier persona funcionaria que, en el ejercicio de sus funciones, deba recibir objetos contractuales.

Respecto de las obligaciones de los órganos administrativos encargados de la ejecución de los contratos, el tema del control es vital. Debe recordarse que el control interno se ejerce en todas las etapas de los procesos que desarrolla la Administración (ya que el control debe ser completo). En la etapa de la ejecución contractual, el control interno es un medio para el logro de los objetivos contractuales, la satisfacción de la necesidad y, obviamente, la protección del patrimonio público. Por esta razón, es una faceta trascendental en la gestión administrativa y en esta etapa es un elemento facilitador que permite llevar a buen puerto los objetivos de la contratación.

De conformidad con el tema que viene tratado en cuanto a la recepción de los objetos contractuales, tenemos que los artículos 194 y 195 del Reglamento de la Contratación Administrativa disponen:

“Artículo 194.- Recepción provisional.

El contrato administrativo se ejecutará conforme a las reglas de la buena fe y a los términos acordados por las partes.

*La **recepción provisional**, del objeto se entenderá como el recibo material de los bienes y servicios, en el lugar estipulado, o en su defecto en el fijado en el cartel. Para ello, el contratista deberá coordinar con la Administración, la hora y demás condiciones necesarias para la recepción, cuando sea pertinente, o bien informar cuando se ha procedido con la entrega, en aquellos casos en que se utilice una modalidad distinta. El funcionario encargado del trámite, acompañado de la respectiva asesoría técnica, deberá levantar un acta en la cual consignará las cantidades recibidas, la hora, fecha y la firma de los presentes. Para esta diligencia podrá utilizarse como acta una copia del detalle del pedido u orden de compra.*

*La **recepción provisional** podrá darse sin condicionamiento alguno o bien bajo protesta, en cuyo caso, la Administración indicará al contratista por escrito, con el mayor detalle posible los aspectos a corregir y el plazo en que deberá hacerlo, el cual no podrá exceder de la mitad del plazo de ejecución original. La **recepción provisional** excluye el cobro de multas, salvo que se haya hecho bajo protesta.*

*Una vez concluida la **recepción provisional**, la Administración dentro del mes siguiente o dentro del plazo estipulado en el cartel, procederá a revisar los bienes y servicios recibidos y a realizar cualquier prueba o análisis necesarios, requiriendo el aval técnico de sus unidades internas o incluso de asesoría externa. En caso de advertir problemas con el objeto, la Administración lo comunicará de inmediato al contratista, con el fin de que éste adopte las medidas necesarias para su corrección, dentro del plazo indicado en el párrafo anterior, asimilándose la situación a una recepción provisional bajo protesta. Tratándose de incumplimientos graves la Administración podrá iniciar el procedimiento de resolución contractual, si así lo estima pertinente, sin necesidad de conceder un plazo adicional para corregir defectos.*

Vencido el plazo para corregir defectos, sin que éstos hayan sido atendidos a satisfacción, la Administración decidirá de frente a su gravedad y al interés público si solo ejecuta la garantía de cumplimiento o si también inicia el respectivo procedimiento de resolución contractual. Si los daños sufridos exceden el monto de la garantía, la entidad adoptará las medidas administrativas y judiciales pertinentes para su plena indemnización.”

“Artículo 195.- Recepción definitiva.

*La **recepción definitiva** del objeto será extendida dentro del mes siguiente a la recepción provisional o dentro del plazo establecido en el cartel o bien, vencido el plazo para corregir defectos. La **recepción definitiva** no excluye la ejecución de la garantía de cumplimiento, si los bienes y servicios presentan alguna inconformidad con lo establecido en el contrato. A partir de este momento, comenzarán a regir las garantías de funcionamiento ofrecidas por el contratista y no correrán multas.*

Para ello se levantará un acta en que quede constancia clara de la forma en que se ejecutó el contrato, indicando al menos, tiempo de ejecución y las prórrogas concedidas, cuando fuera pertinente, forma en que se cumplieron las obligaciones, garantías ejecutadas o penalidades impuestas, ajuste a las muestras aportadas.

*En caso de objetos y servicios muy simples y a criterio de la Administración, la recepción provisional podrá coincidir con la **recepción definitiva** y así se hará constar en la respectiva acta.*

*Todo pago a cargo de la Administración se realizará luego de la **recepción definitiva** de los bienes y servicios.*

*La **recepción definitiva** no exime al contratista de responsabilidad por vicios ocultos".
(La negrita es de la redactora).*

De estas normas se extraen varios aspectos dignos de destacarse:

- * Por un lado, la recepción del objeto contractual se encuentra dividida en dos etapas: una primera es la recepción provisional y una segunda es la recepción definitiva. Salvo en objetos y servicios muy simples y a criterio de la Administración, la recepción provisional y la definitiva pueden coincidir, lo cual debe quedar constando en un acta.
- * Ahora bien, se desprenden de lo consignado en el artículo 194 del reglamento, algunos puntos importantes, por ejemplo, la recepción provisional del objeto contractual es la recepción material de los bienes y servicios en el lugar pactado, o en el fijado en el cartel; para ello el o la contratista debe coordinar con la Administración la hora y demás condiciones necesarias para la recepción. En cuanto a este punto, es necesario señalar que en aquellos casos en que la Administración no disponga de una persona funcionaria encargada de la recepción, quien además debe estar acompañada de asesoría técnica, se está incurriendo con ello en una falta al deber que tiene de facilitarle a la persona contratista y no entorpecer el cumplimiento de las obligaciones de este en la ejecución del contrato, ya que la presencia de la persona funcionaria competente y de la persona asesora técnica no fueron establecidos en la normativa por una decisión antojadiza de la persona legisladora, sino por una necesidad de que la Administración reciba los bienes de la mejor manera para que no se incurra en errores al momento de la entrega. Recordemos que la recepción provisional da paso a la corrección de errores, motivo por el cual la presencia de personas competentes y con pericia es trascendental.
- * El reglamento prevé que *"una vez concluida la **recepción provisional**, la Administración dentro del mes siguiente o dentro del plazo estipulado en el cartel, procederá a revisar los bienes y servicios recibidos y a realizar cualquier prueba o análisis necesarios, requiriendo el aval técnico de sus unidades internas o incluso de asesoría externa"*. En esta etapa, la presencia de personas técnicas en la materia de que se trate, es inexcusable e imprescindible para dar el visto bueno. No es concebible bajo ningún concepto la ausencia de personas expertas, ya que sin el aval técnico no puede haber certeza acerca del objeto recibido y, por ende, no puede hacerse el recibido a satisfacción. Si es del caso y fuera necesario la Administración puede contar con asesoría externa, aspecto que debe ser considerado por las Administraciones Públicas para dar el recibido conforme, ya que de esa revisión puede concluirse que deben corregirse problemas del objeto, y se debe comunicar esto al o a la contratista a fin de que los corrija, o bien de advertirse problemas graves, se debe ejecutar la garantía o iniciar el procedimiento de resolución contractual, e incluso, cobrar daños y perjuicios en la vía judicial para lograr su plena indemnización.
- * Por otro lado, la recepción definitiva opera una vez vencido el mes siguiente a la recepción provisional o dentro del plazo fijado en el cartel, o vencido el plazo para corregir defectos. Sin embargo, tal y como lo establece la normativa, dicha recepción no excluye la ejecución de la garantía de cumplimiento, si el objeto contractual presenta irregularidades o no es conforme con lo previsto en el contrato, es a partir de este momento cuando regirán las garantías de buen funcionamiento.
- * Un aspecto muy importante plasmado en esta norma es el que señala que solo después de la recepción definitiva de los bienes y servicios, la Administración realizará los pagos a su cargo.

- * Aunado a lo anterior y en relación con el tema de la recepción del objeto contractual, no podemos dejar de lado lo dispuesto en el artículo 151 que se refiere específicamente a la recepción en contratos de obra pública, según el cual concluida la obra, el contratista comunicará esto a la Administración para que se establezca una fecha para la recepción. Inicialmente esta recepción será provisional, y en el acto, se levantará un acta suscrita por la persona funcionaria competente y el o la contratista, consignándose las circunstancias relacionadas con el estado de la obra, si el recibo está a plena satisfacción de la Administración. Ahora bien, si el recibo se hace bajo protesta o si hay incumplimientos importantes, la obra no se aceptará en ese momento. La recepción provisional es posible cuando las obras estén en un nivel aceptable de finalización, y le falten pequeños detalles de acabados o defectos menores que se deben corregir y así deberá constar en el acta. Efectuada la recepción provisional, no correrán multas por atraso en la entrega. La Administración cuenta con dos meses a partir de esta para hacer la recepción definitiva, salvo plazo distinto en el cartel. Es importante indicar que, en consonancia con lo que viene expuesto, la Administración, según esta norma, solo puede recibir la obra en forma definitiva, después de que se hayan hecho estudios técnicos que acrediten el cumplimiento de los términos de la contratación, sin dejar de lado las eventuales responsabilidades de las partes y, particularmente, las que se generen de vicios ocultos de la obra. La recepción definitiva no exime a la persona contratista de responsabilidad por incumplimientos o vicios ocultos.

En muchos casos, las Administraciones no realizan el recibido conforme de los bienes o servicios contratados, de la manera en como la normativa lo prevé, siendo esta la forma idónea de hacerlo, pues en muchos casos, se dan situaciones donde quien recibe los bienes no tiene ningún conocimiento de lo que está recibiendo, o el que tiene es muy escaso, incluso es posible que tanto para consignar las especificaciones técnicas como para el recibido conforme, la funcionaria o funcionario acceda a información general que encuentra en Internet, y esto no es aceptable, por cuanto las compras del Estado responden a necesidades públicas para brindar un mejor servicio y, en muchos casos, los objetos contractuales que se adquieren protegen bienes jurídicos tutelados como la vida o la integridad física de las personas.

Por tanto, la adquisición de bienes con características definidas por personas funcionarias sin la pericia suficiente o recibidos por estos puede hacerlos incurrir en responsabilidad y, por ende, a la Administración. Por eso la norma de recepción provisional establece la posibilidad incluso de acudir a personas asesoras externas, cuando lo adquirido tiene especificaciones muy particulares y sea necesario el apoyo de una persona experta.

Esto nos lleva a la conclusión de que la elaboración de las especificaciones técnicas y el recibido conforme de los bienes o servicios adquiridos están estrechamente ligados, ya que la pericia de quienes participen en estas etapas es la que permitirá a la Administración adquirir bienes y servicios de calidad y que respondan a las necesidades públicas que se pretenden satisfacer.

3. La garantía de cumplimiento Pena convencional provisional

Ahora bien, en el tema de las garantías que respaldan las contrataciones del Estado, hay algunos aspectos que deben analizarse a fin de tener claros ciertos puntos que resultan de interés. En un primer término, tenemos la garantía de cumplimiento, la cual tiene como propósito proteger a la Administración de eventuales incumplimientos en la ejecución del contrato en los que los o las contratistas puedan incurrir.

No es aceptable que la Administración vea a la garantía de cumplimiento como una tabla de salvación, cuando ya tiene claro que es muy probable que el o la contratista vaya a incurrir en responsabilidad, con esto queremos

decir que, si bien es cierto, la garantía protege a la Administración, **esta no hace contratos para ejecutar garantías**, sino para ver satisfecho un interés público y responder a una necesidad.

Por tanto, debe hacerse conciencia de que lo primordial en un contrato público es su efectivo cumplimiento y no la ejecución de las garantías. No es posible pensar en que ***“ahí está la garantía”*** como una fórmula para escudar incumplimientos contractuales que la misma Administración podía haber evitado si hubiera ejercido el control suficiente sobre determinada contratación, aunado al hecho de que la garantía solo constituye el importe mínimo del daño ocasionado al Estado. La determinación administrativa de ejecutar una garantía (como acto de la Administración) debe ser razonada y proporcionada en sus consecuencias, confiriéndole al menos a quien se afecta con lo resuelto, el debido proceso.

La doctrina sustentada por Dromi señala que la garantía de cumplimiento tiene la naturaleza de una pena convencional provisional, por cuanto

en los casos de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, el acreedor –la Administración comitente– puede ejecutar la garantía como importe mínimo del daño. Ahora bien, si el daño ocasionado por el incumplimiento es superior a la pena pactada, puede exigir el resarcimiento integral, puesto que la pretensión dirigida a la pena tiende a ser una facilidad pero no una limitación de la pretensión de indemnización. (Dromi, J. R., 1995, p. 527-528).

El artículo 34 de la Ley de la Contratación establece que la garantía de cumplimiento se define entre un cinco por ciento y un diez por ciento del monto del contrato, monto que se determina en el cartel, de acuerdo con la complejidad del contrato para, como ya se dijo, asegurar el resarcimiento de cualquier daño eventual o perjuicio ocasionado por la persona adjudicataria, y se ejecutará por el monto necesario para resarcir a la Administración por los daños y perjuicios imputables al contratista.

4. La garantía de fabricación no es un contrato de mantenimiento

En relación con la garantía sobre los bienes adquiridos por la Administración (garantía de fabricación), la Administración no puede buscar una finalidad distinta que la protección contra fallas del equipo derivadas de su fabricación.

La Contraloría General de la República en la resolución número RSL-216-99 **de las 15:40 horas del 28 de mayo de 1999** señaló:

La Administración no está autorizada a buscar un contrato de mantenimiento preventivo y correctivo del equipo, en forma encubierta, porque esa no es la función natural de una garantía de esta naturaleza. Para asegurar la continuidad en el funcionamiento del equipo durante el período de vida útil, la Administración debe asegurarse que los equipos cuenten con el respaldo de un taller serio radicado en el país, que brinde tiempos de respuesta razonables, de acuerdo con la ubicación que tenga el equipo en el territorio nacional. Tampoco este Despacho encuentra válido que se establezcan puntajes a garantías efímeras que, con el paso del tiempo, se conviertan en garantías en el papel, las cuales la Administración no podrá hacer efectivas, porque el contratista con un tiempo tan prolongado como el que puntúa el cartel, podría acudir al expediente de alegar que la falla se debe a un uso anormal del equipo, o bien, sencillamente que la garantía, por

*lo dinámico que resulta el mercado y el avance tecnológico en este tipo de equipo, esté referida a un equipo obsoleto. En este orden de ideas, debemos advertir a la Administración, como lo hemos indicado en nuestro oficio N°1390/99, que el sistema de evaluación debe buscar la valoración de factores trascendentes, cualidad que no queda reflejada en este sistema, en particular en lo que hace a la valoración de la garantía de fabricación del equipo, por las razones ya expresadas. En tal caso, podría la Administración determinar un plazo razonable de garantía, por vía de cláusula invariable (v.gr. nos parece muy razonable que se exija una garantía mínima de un año), pero el plus, hasta un margen razonable en relación con la vida útil del equipo, sí podría ser puntuable, por ejemplo, en relación con el plus hasta completar tres años, para evitar la desnaturalización y que se ven desvirtúen los sistemas de evaluación en manos de proveedores inescrupulosos, que ofrecen condiciones **que, de antemano, saben que no tienen ningún respaldo real, con el único afán de ganar puntaje.***

5. El plazo de entrega

En la contratación administrativa, el plazo de entrega de los bienes o servicios adquiridos por la Administración es un aspecto esencial que debe estar definido de manera clara y detallada, no solo por razones de seguridad jurídica, sino también porque la Administración busca trabajar de manera planificada y programada. No es concebible un contrato donde no se haya establecido el plazo dentro del cual se deba cumplir la prestación, ya sea que la Administración lo haya definido o bien lo haya hecho el o la oferente.

La Contraloría General ha indicado que el plazo de las contrataciones ha de ser real y ejecutable, porque de lo contrario el oferente, se podría estar colocando desde un inicio y como futuro contratista en una "situación de incumplimiento contractual y como tal, contrariando las reglas de la buena fe negocial, principio rector en derecho civil de esta materia, por disposición de la Sala Constitucional en su voto número 998-98". (RSL 385-99 de las 15:30 horas del 3 de septiembre de 1999).

Este aspecto es muy relevante, porque los carteles de licitación muchas veces no contemplan plazos reales o, bien, las mismas personas contratistas ofrecen plazos que tampoco lo son, ya que el plazo de entrega, pese a ser un requisito esencial, no implica que deba ser siempre definido por la Administración de forma taxativa, pues ello depende del objeto contractual, o de la urgencia que tenga la Administración de contar con un determinado bien o servicio, la cual también debe estar respaldada con una cláusula penal ante un eventual incumplimiento.

A menudo ocurre que se pactan plazos que no se acercan ni siquiera al que realmente se requiere para entregar un objeto contractual en perfectas condiciones, se juega con los plazos y con las prórrogas sin que se cumpla realmente con lo establecido en el artículo 198 del Reglamento de la Contratación que establece plazos y razones específicas en virtud de las cuales procede una prórroga, como por ejemplo, cuando la misma Administración ha incurrido en atrasos en el cumplimiento de sus obligaciones, teniendo esto un impacto en las prestaciones a ejecutar por parte de la persona contratista, retrasando el cumplimiento por parte de este, aunado al hecho de que la normativa no establece una limitación en esta materia, entonces, los y las contratistas y la Administración entran en un juego de ampliaciones de plazos que, en muchos casos, no proceden, porque la razón real por la cual el plazo se acabó y no se ha terminado de ejecutar el contrato es que el inicialmente pactado no era el real.

Por esta razón, la aspiración de establecer un plazo para conocer a partir de qué momento se podrá disponer del objeto o servicio contratado, para satisfacer la necesidad pública, no se alcanza, por ello que el establecimiento del plazo debe quedar correlativamente asegurado con el establecimiento de una cláusula penal que sancione

un eventual incumplimiento, ya que la ausencia de sanciones podría fomentar una conducta irresponsable de parte de quien se limite a formular un plazo de entrega con el único fin de ganar puntaje, a sabiendas de que no va a poder cumplir con él.

No debe olvidarse, en consonancia con lo anterior, que en materia de prórrogas la Administración puede autorizarlas cuando existan demoras ocasionadas por ella misma o causas ajenas al o a la contratista, debiendo ser solicitadas dentro de los diez días hábiles siguientes al conocimiento del hecho que provoca la extensión del plazo, y la Administración tiene igual plazo para determinar si procede o no. El Reglamento señala que en caso de que la solicitud se haga fuera del plazo, pero estando el contrato aún en ejecución, la Administración puede autorizar la prórroga, si existe suficiente fundamento para ello y siempre que esté vigente el plazo contractual. (Artículo 198 del Reglamento)

Ahora bien, ¿cuándo inicia la ejecución del contrato? El numeral 192 del reglamento establece que la Administración deberá girar la orden de inicio del contrato dentro del plazo establecido en el cartel y a falta de estipulación cartelaria, lo hará dentro de los quince días hábiles siguientes contados a partir de la notificación a la entidad contratante, del refrendo o de que se dé la aprobación interna, según corresponda. Dicho plazo puede ser extendido y para ello la Administración deberá emitir una resolución razonada que exponga las razones, y que esta se adopte antes del vencimiento del plazo inicial. En cuanto a los contratos de obra la norma señala en el párrafo segundo que la orden de inicio debe dictarse dentro de los quince días hábiles siguientes al refrendo de la Contraloría o de la aprobación interna, con la finalidad de que el o la contratista inicie las labores propias de la obra dentro del mes siguiente a dicho refrendo.

Finalmente es importante traer a colación que el plazo de entrega en los contratos de suministros es distinto al plazo de ejecución en los contratos de obra o de prestación de servicios. La diferencia fundamental radica en que todos los contratos en general pueden depender de un plazo inicial antes de su ejecución; pero la ejecución misma puede ser inmediata (entrega de la cosa) o continuada a través del tiempo, hasta su finalización (período que dura la prestación del servicio o la construcción de la obra). (Contraloría General de la República R- DAGJ de las 15:00 horas del 14 de diciembre de 1999).

6. Pago a contratos irregulares

El último aspecto importante que se va a tratar en este breve estudio es el relacionado con aquellos casos de contratos administrativos que, por algún motivo, no se encuentran conforme al Ordenamiento Jurídico, ya sea porque iniciaron ejecutándose sin el refrendo contralor, el cual nunca lograron obtener, o porque se realizó sin cumplir con el procedimiento debido (por regla, la licitación), o bien, casos en los que a pesar de haber vencido el plazo, por mucho tiempo más el contrato continuó ejecutándose.

En todos los casos en que por una u otra razón existe una **contratación irregular** es necesario tomar en consideración que el pago que la Administración haga de estas, no es en realidad un “pago” propiamente dicho, sino una indemnización por el provecho que pueda haber obtenido aquella, lo contrario sería incumplir con el régimen de la contratación administrativa general sin ninguna sanción para nadie.

*Por ello, el reconocimiento que haga la Administración en tales casos, es sólo **indemnizatorio**, motivado en principios de equidad y de no enriquecerse incausadamente; no se trata así, del pago de un contrato válidamente atribuido al particular. Esa noción de indemnización, excluye, por principio, el reconocimiento del **lucro**, según la doctrina que informa el numeral 194.2. de la Ley General de la*

Administración Pública, de modo que, la Administración, bajo su entera y absoluta responsabilidad, debe determinar el costo puro y simple del bien o servicio, de acuerdo con los parámetros de mercado aplicables a la actividad, en forma razonada y documentada, rebajando, cuando así se haya indicado en la oferta, lo correspondiente a utilidad (siempre que corresponda a un margen razonable en relación con la actividad de que se trate), o bien, rebajando un porcentaje fijo a título de lucro de la operación, que razonablemente estableció la **legislación anterior** (artículo 272 del Reglamento de la Contratación Administrativa), en un 10% del monto total que comprenda esa contratación irregular. En conclusión, el fundamento para indemnizar a particulares por la ejecución de contrataciones irregulares está fundado en principios jurídicos de **equidad** y el de no **enriquecimiento sin causa**, aplicables en la especie, por integración del ordenamiento jurídico administrativo, según lo previsto en el numeral 7º en relación con el 16.1. de la Ley General de la Administración Pública. Así, como indicamos en nuestro oficio 4414 (DCGA-457-97) de 15 de abril de 1997, “**la compensación económica que se otorgue, deberá ser a título de indemnización y no de ‘pago’** (puesto que) **el pago es un consecuencia directa de una obligación válidamente originada y en esta clase de casos, no podemos establecer esa condición.**” Finalmente, como consecuencia necesaria y paralela de una erogación de esta naturaleza, (como ya indicamos en nuestros oficios 14803/96 y 4414/97) es necesario determinar de inmediato a las funcionarios responsables de que el hecho se haya dado, para sentar las sanciones disciplinarias y pecuniarias del caso. **Oficio 8814 de 16 de julio de 1997 (DGCA 921-97).**

Concluimos este breve estudio, indicando que depende de la propia Administración que sus contrataciones finalicen exitosamente. Es claro que la etapa de procedimiento es esencial para lograr la satisfacción del interés público; pero la ejecución contractual es una etapa muy importante que requiere del ejercicio de un control eficiente por parte de los órganos o personas funcionarias encargadas de la fiscalización de la ejecución, y no se trata de un control a posteriori donde se busque solamente la ejecución de garantías, cláusulas penales o resoluciones contractuales, porque el Estado no contrata para eso, sino de un efectivo control que debe ejercerse desde el momento en que al iniciarse la ejecución, la Administración enfoque sus fortalezas para fiscalizar el cumplimiento de lo pactado, así como dar respuesta en la tramitación de toda gestión formulada por el o la contratista, necesaria para la efectiva ejecución del contrato.

El Control de Razonabilidad de las leyes en la Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Marvin de Jesús Vargas Alfaro¹

Resumen

La razonabilidad es una exigencia implícita en la idea de Justicia y es una noción fundamental para precisar la legitimidad del ejercicio del poder de policía del legislador. En Costa Rica, la Sala Constitucional ha integrado sus parámetros para el control de razonabilidad a partir tanto de institutos norteamericanos como de alemanes. Según nuestro criterio, el control de razonabilidad de las leyes, tal y como es aplicado por nuestra Sala, incide sobre dos planos, uno político y otro institucional. Al primero lo llamamos político debido a que, cuando la Sala aplica el principio de razonabilidad constitucional o el de igualdad, lleva a cabo una valoración de segundo grado (realiza un juicio de valor sobre una valoración preexistente). El otro lo denominamos institucional, pues garantiza que el régimen costarricense de derechos fundamentales permanezca incólume. Por medio de los criterios de razonabilidad asumidos, nuestro tribunal precisa si la reglamentación es de tal intensidad que vacía el contenido esencial del derecho, con lo que posibilita precisar, en el caso concreto, si el núcleo ha sido lesionado.

1. Introducción

Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.
Ulpiano

Tal y como lo proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su preámbulo, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se cimientan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los y las miembros de la humanidad.

No obstante, por el respeto que debemos a nuestros semejantes y, precisamente, como una forma igualmente necesaria de garantizar la libertad, la justicia y la paz social, ese conjunto de facultades no puede calificarse como absoluto. Lorenzo Martín Retortillo e Ignacio de Otto y Prado (1987, p. 188), afirman que “[...] el “derecho no es absoluto”, esto es, debe “ceder” en su ritualidad protectora para conciliarse o armonizarse con otros bienes [...]”.

1. Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Letrado de la Sala Constitucional.

En el marco de un régimen democrático, nada puede justificar su ejercicio abusivo. Tanto el sometimiento de los distintos ordenamientos jurídicos y de las autoridades públicas, a ese halo de derechos que rodea al individuo, como la consideración de su correlativa limitabilidad, son premisas que aseguran la plena realización de las personas, en todos los ámbitos de la existencia.

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de la limitabilidad de los derechos fundamentales está plenamente aceptado. El artículo 28 de nuestra Constitución Política proscribe de la intervención de la ley las conductas que no dañen la moral, el orden público y, los derechos de terceros y terceras. *Contrario sensu*, se debe admitir que se regulen y hasta se repriman las acciones lesivas de estos bienes.

Paralelamente, el numeral 45 de nuestra Carta Política consagra la inviolabilidad de la propiedad privada; pero, de forma concomitante, acepta que, por mayoría calificada de la Asamblea Legislativa, se le puedan imponer limitaciones de interés social.

Asimismo, el artículo 50 constitucional obliga a la emisión de políticas públicas para lograr el mayor bienestar y el más adecuado reparto de la riqueza, lo que da luz verde a un mayor intervencionismo en la esfera jurídica de los y las habitantes de la República, en aras de lograr la ansiada igualdad material. Por otra parte, en el plano infraconstitucional, tenemos disposiciones como el artículo 22 del Código Civil que excluye del amparo de la ley el abuso de derecho o su ejercicio antisocial.

La Sala Constitucional, desde sus inicios, reconoció la potestad del legislador ordinario para restringir los derechos fundamentales. (Ver sentencia n.º 5058-1993 de las 14:20 hrs. del 14 de octubre de 1993). Así, el ejercicio del poder de policía¹ en Costa Rica corresponde, de manera exclusiva a la Asamblea Legislativa, a través de la ley (artículo 19 de la Ley General de la Administración Pública).

Por consiguiente, se excluye de la competencia del Poder Ejecutivo la posibilidad de configurar los derechos fundamentales de los y las habitantes de la República, ya sea vía Reglamento Ejecutivo o Autónomo (de organización o de servicio), lo que representa una verdadera garantía, toda vez que, asegura la discusión de la medida restrictiva por parte de los actores sociales representados en el Congreso. No obstante, esto no impide que el Ejecutivo, mediante el reglamento correspondiente, desarrolle las limitaciones previamente definidas por el legislador, en estricta concordancia con lo estatuido en la ley, es decir, sin ampliar su alcance.

En este orden de ideas, se debe tener presente que, en la contención del poder de policía o potestad de regulación de los derechos fundamentales por parte del legislador, el control de razonabilidad cumple un papel de indiscutible relevancia. La razonabilidad es la medida de la legitimidad de una norma, en este sentido, una ley restrictiva de los derechos fundamentales es legítima, siempre y cuando sea razonable.

Pero, ¿cuándo podemos decir que una norma es razonable? La razonabilidad es un concepto jurídico indeterminado; no existe una definición unívoca del mismo, de hecho, es posible encontrar respuestas

1. Dada su intrínseca limitabilidad, la persona legisladora tiene la potestad (entendida como un poder - deber ejercido en beneficio de la persona) de regular los derechos fundamentales. Es decir, la posibilidad de establecer restricciones a esos derechos, con el fin de lograr la consecución de ciertos fines y, a la vez, proteger bienes, ambos, constitucionalmente relevantes. Debe quedar claro que la intervención no puede ser de tal grado que implique un vaciamiento de la facultad. En esa labor, debe permanecer incólume el contenido esencial del derecho, entendido como aquella parte absolutamente necesaria para asegurar su eficacia. Ahora bien, el contenido esencial, según nuestro criterio, debe ser precisado casuísticamente, pues un derecho fundamental puede ser transgredido de múltiples formas.

divergentes desde perspectivas positivistas –congruencia con el orden jurídico dado –o bien, ius naturalistas– compatibilidad con un orden trascendente de valores, sea de inspiración divina o bien secular–. Su precisión es contingente dependiendo de la ideología particular e, inclusive, del estado de ánimo del operador u operadora jurídicos.

Sin embargo, se han llevado a cabo importantes esfuerzos para dotar de un mayor grado de objetividad el examen de la razonabilidad de una norma regulatoria de los derechos fundamentales. Dentro de estos resulta imperativo destacar el debido proceso de ley de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, así como la doctrina elaborada alrededor de la actividad jurisprudencial del Tribunal Constitucional de Alemania, específicamente, en cuanto al denominado principio de proporcionalidad.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples ocasiones ha empleado diversos criterios de razonabilidad para el examen de la constitucionalidad de las leyes restrictivas de los derechos fundamentales.

Por ello, creemos que es fundamental analizar la forma en la cual nuestro tribunal ha estructurado el control de razonabilidad sobre el actuar legislativo, así como su consecuente empleo para la solución de los conflictos planteados. Esta labor, por supuesto, no excluye la toma de una posición crítica frente a los yerros que podrían cometerse al poner en práctica el control descrito, a manera de contribución para el mejoramiento de nuestro Tribunal Constitucional, el cual, sin lugar a dudas, marca el antes y el después en la historia de nuestro ordenamiento jurídico.

2.- El fundamento de la razonabilidad

De forma similar al Tribunal Constitucional Federal Alemán², la Sala Constitucional considera que la exigencia de la razonabilidad de la Ley está implícita en nuestro sistema democrático e, inclusive, es anterior a la propia Constitución. (Ver en este sentido la sentencia n.º 550-1991 de las 18:50 hrs. del 15 de marzo de 1991).

La razonabilidad de una norma, como garantía, fue derivada jurisprudencialmente, dado que no está enumerada en nuestra Constitución Política. La Sala Constitucional puntualizó lo siguiente en la sentencia n.º 3495-1992 de las 14:30 hrs. del 19 de noviembre de 1992:

[...] IV- El Derecho de la Constitución, compuesto tanto por las normas y principios constitucionales, como por los del Internacional y, particularmente, los de sus instrumentos sobre derechos humanos, en cuanto fundamentos primarios de todo el orden jurídico positivo, le transmiten su propia estructura lógica y sentido axiológico, a partir de valores incluso anteriores a los mismos textos legislados, los cuales son, a su vez, fuente de todo sistema normativo propio de la sociedad organizada bajo los conceptos del Estado de Derecho, el régimen constitucional, la democracia y la libertad, de modo tal que cualquier norma o acto que atente contra esos valores o principios -entre ellos los de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, que son, por definición, criterios de constitucionalidad-, o bien que conduzca a situaciones absurdas,

2. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania ("Bundesverfassungsgericht") reconoció, oficialmente, la existencia del principio de proporcionalidad en el orden jurídico germano desde antes de 1966, en la sentencia BvferGE 19, 342, en la cual lo postuló como consustancial al Estado democrático de derecho que proscribe toda arbitrariedad en el ejercicio del poder público, y a la propia existencia de los derechos fundamentales, como pretensión general de libertad de la ciudadanía frente al Estado.

dañinas o gravemente injustas, o a callejones sin salida para los particulares o para el Estado, no puede ser constitucionalmente válido. [...].

A partir de esto, es posible afirmar que, para la Sala, la razonabilidad es un valor inspirador y, por consiguiente, es anterior a nuestro orden constitucional. Por esto, ningún acto de las Administraciones Públicas y, en nuestro caso, del Poder Legislativo, puede ser legítimo si no es razonable, es decir, no arbitrario, pues la exigencia de razonabilidad es consustancial a la idea de justicia, junto a la vida, uno de los valores supremos dentro del Estado de derecho.

La primera sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, en la que se plantea la exigencia de la razonabilidad de una norma de rango legal, es la n.º 1147-1990 de las 16:00 hrs. del 21 de setiembre de 1990, la cual declaró inconstitucional el artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial n.º 8 del 29 de noviembre de 1937, según reforma introducida por la Ley N.º 34 del 9 de junio de 1939. Esta estipulaba la pérdida del derecho de pensión y jubilación, cuando su titular, por vicios, faltas a la moralidad o responsabilidades penales, se hiciera indigno de percibirla. En esta oportunidad, la Sala estimó que la disposición era irrazonable, dado que estaba totalmente desvinculada de la naturaleza y fin de la jubilación, como derecho fundamental derivado de la prestación del trabajo, constituido en gran medida por los aportes del subordinado. Según la tesis del alto tribunal, su privación por las causas descritas era excesiva, sin importar si estas ocurrieran antes o después del reconocimiento del derecho.

En Costa Rica, la Sala Constitucional lleva a cabo el control de razonabilidad sobre los actos de la Asamblea Legislativa que pretenden regular el ejercicio de los derechos fundamentales, a través de dos institutos: el principio de razonabilidad constitucional y el principio de igualdad.

3. El principio de razonabilidad constitucional: del debido proceso sustantivo al principio de proporcionalidad. Parámetros derivados

Los criterios que la Sala Constitucional ha utilizado para evaluar la razonabilidad y derivar, consecuentemente, la legitimidad de una ley que restringe algún derecho fundamental, sea de forma directa y expresa, o indirecta y tácita, han variado a lo largo de sus veinte años de existencia, sin que se pueda establecer un patrón definido de alternancia. Sin embargo, es posible precisar, a partir del análisis de sus decisiones, la forma en que opera este control en la práctica y los parámetros más comunes que se emplean en esta labor.

3.1) El debido proceso sustantivo en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica

El debido proceso legal (*"due process of law"*) puede ser entendido desde dos perspectivas. Una estrictamente procedimental o adjetiva (*"procedural"*) y otra sustantiva (*"substantive"*). En su fachada procesal, el debido proceso legal garantiza que todo acto del Estado será válido, siempre y cuando, sea fruto de un proceso adecuado (*"a fair process"*, que cumpla con las exigencias del contradictorio, bilateralidad de la audiencia, asistencia técnica, entre otras. Paralelamente, el aspecto sustantivo, protege a la ciudadanía contra los actos estatales arbitrarios, adoptados sin la observancia de los patrones mínimos de razonabilidad.

Juan Vicente Sola (2001, p. 499) ilustra la diferencia entre estas facetas del debido proceso, de la siguiente forma: *"[...] Si el debido proceso sustantivo está relacionado con lo que el gobierno puede hacer, el debido proceso adjetivo analiza la manera como el gobierno actúa y a los mecanismos de aplicación que utiliza [...]."*

En la doctrina, de manera persistente, se hace referencia a los estándares del debido proceso sustantivo, como criterios que posibilitan a los jueces y las juezas la evaluación de la razonabilidad, de una forma objetiva. Los “standards” no son reglas de contenido típico, sino una especie de referencia al sentido común, de normalidad, de aceptabilidad de una decisión legislativa, de conformidad con los valores de la sociedad: el debido proceso sustantivo es un patrón axiológico. Es importante tener claro, entonces, que no existe en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, un listado sistemático de ellos. Juan Francisco Linares (1970, p. 27) acota que

[...] Es manifiesta la resistencia de los jueces estadounidenses y, en particular, de la Suprema Corte Federal, a dar una definición del concepto debido proceso en su aspecto sustantivo, resistencia que se justifica por la peligrosidad de cerrar el camino a posibles variaciones del mismo. Téngase en cuenta, en efecto, que rige en la jurisprudencia de los tribunales de la Unión la regla del “stare decisis” (sic) y un conjunto de principios menores que hacen que la Corte prefiera emplear su procedimiento de las inclusiones y exclusiones en esta materia, a fin de dejar siempre abierta la posibilidad de incluir nuevos casos [...].

El caso “*Lochner vrs. New York*” es el principal marco de referencia, en lo que al debido proceso sustantivo se refiere, porque en ese juicio se estableció por vez primera un parámetro para evaluar la razonabilidad de una norma. La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica afirmó que, para que una Ley que restrinja los derechos fundamentales sea legítima, debe existir una relación directa entre medios y fines, y la finalidad misma necesita ser apropiada. Esta tesis tuvo un impacto decisivo en el desarrollo de la ciencia jurídica, tanto que las diversas teorías sobre la razonabilidad conservan, como diría Wittgenstein, un “parecido de familia”, con aquella.

No obstante, el juez Oliver Wendell Holmes, en un voto disidente, consideró que el análisis debía centrarse en responder la siguiente pregunta: “[...] ¿Puede ser dicho que un hombre racional y razonable (*rational and fair*) (sic) consideraría que la ley es contraria a los principios fundamentales de la Constitución? [...]”. (Sola, 2001, p. 573). Con el transcurrir del tiempo, esta tesis pasó a ser la mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia.

En Estados Unidos, según las Enmiendas V y XIV de la Constitución, los “standards” del “*due process of law*” son oponibles tanto al Poder Legislativo Federal como al Estadual. También es aplicable a la Administración, cuando la legislación le atribuye la posibilidad de afectar los derechos de la ciudadanía. Inclusive, la actividad jurisdiccional puede pasar por el tamiz del debido proceso sustantivo. En el sistema del “*common law*” esto es posible, pues

[...] la actividad judicial más importante no es la de aplicar leyes generales y abstractas a casos concretos, sino construir normas generales a partir de un conjunto definido de precedentes – según la regla del stare decisis (sic) –, para aplicarlas a los casos concretos [...]. (Sola, 2001, p. 574).

Se puede indicar con Bernard Schwartz que un “[...] acto arbitrario es sinónimo de un acto irrazonable y por esto el debido proceso se torna en un examen de razonabilidad [...]” (Sola, 2001, p. 571).

3.2) El debido proceso sustantivo como parámetro de razonabilidad en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Aunque no se haga constar de forma tajante, en la sentencia n.º 1420-1991 de las 9:00 hrs. del 24 de julio de 1991, la Sala Constitucional asumió como uno de los criterios para lograr una mayor objetividad a la hora de definir la razonabilidad de una ley, la relación de adecuación entre los medios escogidos por la persona legisladora y ciertos fines constitucionalmente relevantes. Este parámetro es el “standard” básico del control de razonabilidad llevado a cabo por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, bajo el nombre de “due process of law”. En aquella sentencia, nuestro Tribunal Constitucional proclamó que

[...] el principio de razonabilidad implica que el Estado pueda limitar o restringir el ejercicio abusivo del derecho, pero debe hacerlo en forma tal que la norma jurídica se adecúe (sic) en todos sus elementos, como el motivo y el fin que persigue, con el sentido objetivo que se contempla (sic) en la Constitución [...].

Casi un año después, la Sala Constitucional dictó la sentencia n.º 1739-1992 de las 11:45 hrs. del 1 de julio de 1992. En esta ocasión, estableció la diferencia entre debido proceso formal y sustantivo. A nuestro juicio, este esfuerzo argumentativo marcó profundamente las resoluciones posteriores. En esta resolución, la Sala Constitucional afianzó la relación de adecuación entre medios y fines como su principal parámetro para determinar la razonabilidad de una ley restrictiva de derechos fundamentales, a la cual denominó razonabilidad técnica. Además, introdujo otros criterios a los cuales definió como tipos distintos de razonabilidad: jurídica y de los efectos sobre los derechos personales.

Esta categorización no es propia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, pues dicho ente colegiado se rehusó a definir, de forma unívoca y contundente, el contenido del debido proceso sustantivo, merced a la cultura del “common law” que no es proclive a este tipo de esquematizaciones. Probablemente, esta tendencia fue inspirada por la jurisprudencia y la doctrina argentina, fuertemente influida, en la materia, por la doctrina estadounidense, pero dentro de un sistema romano canónico.

La estructuración de las implicaciones del principio de razonabilidad constitucional fue ampliado en la sentencia 5236-1999 de las 14:00 hrs. del 7 de julio de 1999. En esta resolución, la Sala Constitucional llama razonabilidad técnica, al examen de adecuación entre medios y fines. Adicionalmente, la razonabilidad jurídica se desdobra ahora en razonabilidad ponderativa, razonabilidad de igualdad y la razonabilidad en el fin.

Paralelamente, se debe destacar que para el Tribunal Constitucional, no basta con que se cumpla la razonabilidad técnica, sino que también se debe examinar el tamaño o intensidad de la restricción sobre el derecho fundamental.

En varias sentencias, entre ellas la n.º 18486-2007 de las 18:03 hrs. del 19 de diciembre de 2007, nuestro Tribunal Constitucional afirmó que la exigencia de razonabilidad surge del debido proceso sustantivo. Tal idea es incorrecta, pues el debido proceso sustantivo es solamente un criterio asumido por una autoridad judicial para encausar el examen de la razonabilidad de una norma. La exigencia de razonabilidad se encuentra asentada en un plano axiológico.

3.3) El principio de proporcionalidad según la doctrina alemana

A grandes trazos, se puede indicar que el principio de proporcionalidad o principio de prohibición de exceso (“*Übermassverbot*”), tal y como fue delineado por la doctrina germana, a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal, es una herramienta –llamada máxima por Robert Alexy, con el propósito de caracterizar la supraordinalidad del concepto, respecto de las normas en estricto sentido (reglas y principios)- que permite determinar la razonabilidad de una disposición restrictiva de derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad está integrado, a su vez, por tres subprincipios:

- a) **Idoneidad:** La medida escogida por la persona legisladora, de entre todas las posibles, debe ser adecuada para realizar el fin de la norma y, al mismo tiempo, la finalidad debe ser legítima.
- b) **Necesidad:** La persona legisladora debe elegir aquella medida que lesione en menor grado la esfera jurídica del derechohabiente. El análisis de la necesidad implica valorar la idoneidad –hipotética, en este caso, por cuanto se trata de medidas no favorecidas por la persona legisladora– de los otros medios existentes, así como la comprobación de que se trata del medio más benigno.
- c) **Proporcionalidad en sentido estricto:** Necesidad e idoneidad conllevan un juicio cualitativo, mientras que la proporcionalidad, en sentido estricto, uno cuantitativo. Según el Tribunal Federal Constitucional de Alemania, la Constitución no es solo un conjunto de normas, sino que envuelve también un orden jerárquico de valores, optimizados, en un mayor o menor grado por los principios expresamente enunciados en ella o bien teóricamente derivados.

Por consiguiente, resulta lógico que toda norma y, en especial, aquella restrictiva de los derechos fundamentales deba estar fundamentada en un principio de rango constitucional. Entonces, en el fondo, al evaluar la razonabilidad de una disposición de este tipo, estamos ante una colisión de principios –el que sustenta la intervención y el que es intervenido–. Para resolver el problema es necesario ponderar cada uno de ellos a partir de criterios analíticos y empíricos, como por ejemplo, la efectividad de la intervención, el tiempo por el cual se prolonga esta, las ventajas de la realización del fin inmediato de la norma, además de normativos, sobre todo la fundamentalidad de los principios en la dogmática jurídica.

La regla argumentativa que caracteriza el principio de proporcionalidad en sentido estricto es la llamada Ley de la Ponderación, la cual fue esbozada por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en oportunidades diversas y fue enunciada por Robert Alexy en los siguientes términos: *“cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”*. En otras palabras, cuanto mayor sea la intensidad de la intervención en el derecho fundamental por parte de la persona legisladora, equivalente o mayor debe ser la intensidad del cumplimiento del principio constitucional que sustenta la restricción.

3.4) El principio de proporcionalidad como parámetro de razonabilidad en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Desde mediados de la década de 1990, el examen de la razonabilidad de una ley restrictiva de los derechos fundamentales, por parte de la Sala Constitucional, a partir de los contenidos del debido proceso sustantivo, se ha alternado y hasta se ha visto superado con el análisis de las disposiciones, inspirado en el principio de proporcionalidad alemán.

En la sentencia n.º 8858-1998 de las 16:33 hrs. del 15 de diciembre de 1998, nuestra Sala Constitucional introdujo algunas variantes al principio de proporcionalidad, las cuales merecen ser destacadas. En primer lugar, asumió un subprincipio de necesidad más parecido a la máxima del interés estatal imperioso (*“strict scrutiny”*) de la jurisprudencia norteamericana que al subprincipio de necesidad de la doctrina alemana, dado que, esta última, al hablar de necesidad, hace referencia a la condición subsidiaria de la medida; de otro modo, a garantizar que la disposición tomada sea la menos gravosa para los titulares de los derechos fundamentales y no a la existencia de una base fáctica que haga urgente la intervención de la persona legisladora, como lo hizo notar nuestro tribunal.

El contenido del principio de proporcionalidad aplicado por la Sala fue variado en la sentencia n.º 07180-2005 de las 15:04 hrs. del 8 de junio de 2005. En dicha ocasión, se mantuvo el contenido de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, delineado desde 1998. No obstante, introdujo un nuevo subprincipio: el de legitimidad. Esta exclusiva no se plantea en la doctrina alemana. El hecho de que se haya incluido devela una confusión terminológica así como de los planos en los que el control opera: el resultado de la razonabilidad de una norma es su legitimidad, no a la inversa.

La posición más reciente de la Sala presenta el principio de proporcionalidad en su versión más acabada. En la sentencia n.º 3021-2000 de las 08:57 hrs. del 14 de abril de 2000, indicó lo siguiente:

[...] La idoneidad se traduce como la adecuación del medio al fin, es decir, que la norma debe ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido. La necesidad se refiere a la índole o magnitud de la limitación que por ese medio debe soportar un derecho o libertad, de manera que entre una variedad de medios posibles el elegido debe ser aquel que represente una limitación menor. La proporcionalidad significa que, aunque el medio elegido sea el que represente una limitación menor, esta limitación debe ser proporcionada, es decir, no podrá ser de tal magnitud que implique vaciar de su contenido mínimo esencial el derecho o libertad en cuestión [...].

3.5) Irrazonabilidad por exceso y por defecto

En la sentencia n.º 486-1994 de las 16:03 hrs. del 25 de enero de 1994, la Sala Constitucional expuso que

[...] en sentido estricto la razonabilidad equivale a justicia, así, por ejemplo, una ley que establezca prestaciones científicas o técnicamente disparatadas, sería una ley técnicamente irracional o irrazonable, y por ello, sería también jurídicamente irrazonable. En este sentido cabe advertir que no es lo mismo decir que un acto es razonable, a que un acto no es irrazonable, por cuanto la razonabilidad es un punto dentro de una franja de posibilidades u opciones, teniendo un límite hacia arriba y otro hacia abajo, fuera de los cuales la escogencia resulta irrazonable, en razón del exceso o por defecto, respectivamente. [...].

Nuestro Tribunal Constitucional, en esta resolución, hizo referencia a la determinación de la razonabilidad de una norma restrictiva de derechos fundamentales, en la justa medida a la hora de que se efectúe la intervención. En este sentido, la razonabilidad debe ser evaluada de forma progresiva en una escala. Si esta es rebasada o bien no se alcanza un nivel óptimo que permita la efectividad del derecho fundamental, se develaría la inconstitucionalidad de la norma. Este parámetro, al ser bifronte, posibilita el examen tanto de las acciones y omisiones formales de la Asamblea Legislativa.

3.6) El contenido del principio de razonabilidad constitucional: parámetros derivados

A partir de las consideraciones anteriores, es posible concluir que cuando la Sala Constitucional somete una disposición legal restrictiva de derechos fundamentales al examen de razonabilidad, emplea los siguientes criterios:

- a) La relación de adecuación entre medios y fines, propia del debido proceso sustantivo de la Corte Suprema de Justicia estadounidense. Este parámetro es articulado en varias oportunidades con la razonabilidad jurídica (ponderativa, de igualdad y de los fines) y la razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales (para definir el impacto de la limitación).
- b) Examina la norma con fundamento en los subprincipios de legitimidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, contruidos tomando como base el principio de proporcionalidad alemán.
- c) Analiza la razonabilidad a partir de una escala de opciones para el caso particular, con el propósito de definir la justa medida de regulación. Esto permite precisar si la norma es irrazonable por exceso o por defecto.

3.7) La prueba de irrazonabilidad

La Sala Constitucional exige, como consecuencia de la presunción de constitucionalidad de la Ley, que quien invoque una norma como irrazonable, debe ofrecer prueba técnica que facilite elementos objetivos para desvirtuar la presunción de razonabilidad que se deriva de aquella. Esta carga solamente se excluye en los casos donde la irrazonabilidad sea de un grado tal que resulte evidente y manifiesta (por ejemplo, la sentencia n.º 5236-1999 de las 14:00 hrs. del 7 de julio de 1999).

4. El principio de igualdad

4.1) Contenido del principio de igualdad

En la sentencia n.º 1372-1992 de las 14:52 hrs. del 26 de mayo de 1992, la Sala Constitucional expuso lo siguiente:

[...] La jurisprudencia constitucional a través de varios pronunciamientos ha logrado decantar el contenido del principio de igualdad establecido en el artículo 33 de la Constitución, señalando que por medio de él, se prohíbe hacer diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, sin que pueda pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales, se acuerda, en principio, un trato igual a situaciones iguales y se posibilita un trato diferente a situaciones y categorías personales diferentes. [...] Pero la exigencia de igualdad no legitima cualquier desigualdad para autorizar un trato diferenciado, para determinar si realmente se justifica una discriminación, hay que analizar si el motivo que la produce es razonable, es decir, si atendiendo a las circunstancias particulares del caso se justifica un tratamiento diverso [...].

Desde esta perspectiva, el principio de igualdad es transgredido cuando a determinados individuos se les brinda un trato diferenciado, pese a que se encuentran en circunstancias idénticas, o bien, cuando se omite brindar un trato distinto a aquellas personas que se encuentran en condiciones divergentes. Tal diferenciación, para ser estimada razonable, debe estar plenamente justificada. Por ello, un acto diferenciador no es por sí mismo discriminatorio, podrá decretarse tal cualidad únicamente cuando la distinción sea arbitraria.

Ulteriormente, en la resolución n.º 117-1993 de las 15:45 hrs. del 12 de enero de 1993, la Sala dispuso que

[...] como tesis de principio podemos sostener que mientras la discriminación no atenta contra la dignidad humana o mientras la creación de categorías que otorgue a las prestaciones un trato diferente sea razonable, la igualdad jurídica es respetada. Deben recibir igual tratamiento quienes en igual situación se encuentran. Como la regla no es absoluta, ha de entenderse como mandato de tratar igual a todos lo que sean parte de una determinada categoría. Tradúcese así el problema en que las categorías no deben ser arbitrarias y en que tampoco deben serlo los criterios para formar parte o ser excluido (sic) de ellas. [...].

5. La relación entre el principio de razonabilidad constitucional y el principio de igualdad

Existe certeza en la jurisprudencia de la Sala sobre la función del principio de igualdad, consagrado por el artículo 33 de la Constitución Política, como un instrumento para evaluar la razonabilidad de la ley. Así, en la resolución n.º 1440-1992 de las 16:30 hrs. del 2 de junio de 1992, el Tribunal Constitucional proclamó que [...] lo que establece el principio de igualdad, es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría o grupo que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias, lo cual sólo puede hacerse con aplicación de criterios de razonabilidad. De esta forma las únicas desigualdades inconstitucionales serán aquellas que sean arbitrarias, es decir carentes de toda razonabilidad. No corresponde a los jueces juzgar el acierto o conveniencia de una determinada diferencia contenida en una norma, sino únicamente verificar si el criterio de discriminación es o no razonable, porque el juicio acerca de la razonabilidad es lo que nos permite decidir si una desigualdad viola o no la Constitución [...].

Empero, la relación entre ambos institutos va mucho más allá, al punto de entrelazarse, de forma idéntica a como ocurre en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica y el Tribunal Constitucional Federal Alemán (en el caso de la Segunda Cámara). Estas instancias reducen la igualdad al principio general de prohibición de arbitrariedad dentro del sistema democrático. En la sentencia n.º 1806-2006 de las 14:55 hrs. del 15 de febrero de 2006, la Sala Constitucional precisó que existen

[...] dos elementos para determinar o no la violación del principio de igualdad: el primero de ellos, consistente en el parámetro de comparación que permite establecer que entre dos o más personas existe una situación idéntica, y que por lo tanto, produce un trato discriminatorio desprovisto de toda justificación objetiva y razonable; y el segundo, la razonabilidad de la diferenciación, con lo que se estatuye el principio de razonabilidad como parámetro de constitucionalidad. De esta suerte, no basta que la diferenciación no sea contraria a la dignidad humana, o que esté justificada en la protección de otros bienes constitucionales o en la tutela de otros derechos fundamentales, sino que debe estar determinada en la relación medio-fin de la norma [...].

El vínculo entre el principio de razonabilidad constitucional y el principio de igualdad, en la jurisprudencia de la Sala, llega a ser tan estrecho que, para evaluar el irrespeto del segundo, en este caso, se utilizó el parámetro principal del primero: la relación de adecuación entre medios y fines.

La sobreposición entre ambos institutos también se puede ver en la sentencia n.º 5374-2003 de las 14:36 hrs. del 20 de junio de 2003:

[...] caben dos posibles caminos para determinar la existencia de un trato discriminatorio: (i) acreditar un par de comparación –igualdad valorativa–, o bien, (ii) acudir al mecanismo de reducir la máxima general de igualdad, a una prohibición general de arbitrariedad, caso en el cual no aparecen ya los pares de comparación. De este modo, conforme a esta última metodología, la más seguida modernamente, existirá una violación a la máxima general de igualdad, cuando para una diferenciación de la ley, no cabe hallar un fundamento razonable resultante de la naturaleza de las cosas o de otras causas adecuadas, o cuando desde la perspectiva de la justicia deba caracterizarse de arbitraria tal regulación. Se entenderá arbitraria una diferenciación, cuando no sea posible encontrar una razón calificada, razonable, justificada ido (sic) suficiente. De esta forma, la máxima conduce a dos caminos: cuando no existe una razón de tales características, está ordenada la igualdad de tratamiento. A contrario sensu, cuando existe una razón calificada, razonable, justificada y/o suficiente, está ordenado un tratamiento desigual [...].

6. Los límites del control de razonabilidad

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia n.º 11518-2000 de las 14:52 hrs. del 21 de diciembre de 2000, delineó los límites dentro de los cuales aplica el principio de razonabilidad constitucional y el principio de igualdad.

En el citado voto, la Sala Constitucional consideró que está fuera del alcance del análisis de razonabilidad el sustituir la opción elegida por la persona legisladora para conseguir cierto fin constitucionalmente relevante, por otro medio igualmente válido. En palabras de la propia Sala, le está vedado el terreno de la oportunidad y la conveniencia; no puede sustituir la voluntad del legislador por la suya. Sin embargo, puede intervenir para invalidar aquellas Leyes que irrespeten ese conjunto de opciones razonables y caigan en el terreno de la arbitrariedad³.

7. Las dos dimensiones del control de razonabilidad

A nuestro juicio, el control de razonabilidad sobre la discrecionalidad legislativa en la reglamentación de los derechos fundamentales, sea cual sea la herramienta teórica que se adopte para lograr un mayor grado de objetividad en la decisión, incide sobre dos planos.

3. Conceptos indeterminados cuya precisión depende del criterio o parámetro de evaluación escogido.

El primero de ellos lo denominamos político⁴. En esta dimensión pueden distinguirse dos especies del género razonabilidad, atinentes, de forma respectiva, a la ponderación y selección que lleva a cabo la persona legisladora. Cada una de ellas implica una valoración, al momento de dictar la norma.

En primer lugar, la persona legisladora debe ponderar los intereses que están en juego a la hora de evaluar la situación de hecho a regular, así como los principios constitucionales que sustentan cada posición. Conferirá un mayor peso a unos por sobre otros según los grupos sociales que estén inmiscuidos y la finalidad que se desea consagrar con la disposición. Paralelamente, debe seleccionar los medios para la consecución de ese fin y la subsiguiente satisfacción de los intereses involucrados.

El contralor de constitucionalidad, en esta vertiente, verifica tanto la razonabilidad del resultado de la ponderación realizada, como la razonabilidad de la selección de medios.

El segundo plano lo llamamos institucional, por cuanto aquí la razonabilidad funciona como parámetro para medir la intensidad de la intervención del Poder Legislativo sobre los derechos fundamentales, con la creación de la norma planteada. En este sentido, el control de razonabilidad, según el contenido conferido o bien el criterio de evaluación adoptado, facilita la concreción del contenido esencial del derecho fundamental y permite denotar su transgresión.

En nuestro criterio, el control de razonabilidad de las leyes que lleva a cabo la Sala Constitucional, presenta esta dinámica.

7.1) La dimensión política del control de razonabilidad

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al evaluar la razonabilidad de una ley restrictiva de derechos fundamentales, indudablemente, realiza una función política, no tan amplia como la del Poder Legislativo que es el constitucionalmente llamado a desempeñar el papel de arquitecto social; pero sí como guardián del supremo cuerpo normativo de nuestro ordenamiento jurídico.

Como se indicó, la persona legisladora, al emitir una ley, debe valorar tanto los intereses en juego, los principios que sustentan cada posición a favor o en contra de la norma y los medios que tiene disponibles para alcanzar el fin constitucionalmente relevante, a cuya consecución se encamina la ley.

Nuestra Sala Constitucional, al aplicar cualquiera de los criterios de razonabilidad asumidos, se ve forzada a realizar también una valoración que podríamos llamar de segundo grado, pues para exponerlo de una forma más diáfana, formula un juicio de valor – influido por construcciones mentales de la propia persona juzgadora, su jerarquía de valores (ideología) – sobre la valoración que efectuó el Poder Legislativo, dentro del ámbito de la discrecionalidad que conlleva el ejercicio del poder de policía.

Al respecto, Carlos José Gutiérrez (1996, p. 26) opina que

[...] no hay duda que la “razonabilidad” es una expresión que permite a los jueces constitucionales salirse de la simple comparación entre los textos de la Constitución

4. Debe eliminarse toda carga negativa de la noción. Aquí utilizamos el término para hacer denotar la lucha de poder que se presenta en el seno parlamentario, cuando se verifica el proceso estimativo que seguidamente especificamos.

y las normas inferiores, permitiéndoles opinar sobre los juicios de valor que hayan incorporado los legisladores a las normas [...].

Lo anterior fue ratificado por la propia Sala Constitucional en la sentencia n.º 3872-1996 de las 15:18 hrs. del 30 de julio de 1996, al referirse al denominado “test de razonabilidad”, en los siguientes términos:

[...] Así las cosas, no ha pretendido el constituyente una igualdad absoluta entre las personas, pero sí ha prohibido las distinciones carentes de razonabilidad: las que se valgan de medios contrarios a la Constitución Política; las que se orienten a fines violadores de esta última, o las que no tengan más fundamento que el capricho de los creadores de la ley. Es este, en términos sintéticos, el contenido del denominado “test de razonabilidad”, que en última instancia remite a una ponderación de valores por parte de la jurisdicción constitucional [...].

De la misma forma, en la resolución n.º 2597-1997 de las 15:39 hrs. del 13 de mayo de 1997, el Tribunal Constitucional señaló:

[...] [C]laro está la legislación de que se trate estará sujeta a la fiscalización respecto de su proporcionalidad, y razonabilidad, en tanto estos conceptos de referencia permitirían a la judicatura, en especial a esta jurisdicción constitucional, valorar el prudente, moderado y sensato ejercicio de la delegación acordada por la Constitución al establecer esas limitaciones y excepciones [...].

Entre todas las resoluciones estudiadas, la más interesante y la que refleja, de manera más explícita, el ejercicio del control de razonabilidad de las leyes en el plano político, es la n.º 7044-1996 de las 10:09 hrs. del 24 de diciembre de 1996. En este caso, se alegó la inconstitucionalidad de la Ley N.º 7356 del 24 de agosto de 1993, “Del Monopolio Estatal de Hidrocarburos Administrado por RECOPE”. En esta sentencia, la Sala Constitucional demarcó los límites dentro de los cuales ejercía el control de razonabilidad de la ley cuestionada, proscribiendo su intervención en el ámbito de la oportunidad y la conveniencia. Pese al esfuerzo que realizó en las últimas líneas, para dar a entender que no estaba valorando la medida, lo cierto es que definió el monopolio como beneficioso en materia de combustibles, por la volatilidad de las fuerzas de la oferta y la demanda, en relación con la importancia de los recursos administrados.

En efecto, nuestro tribunal se pronunció a favor de la razonabilidad del monopolio estatal de los hidrocarburos, sustentada en el ideario del Estado social y democrático de derecho, al calificar como apropiado el control del Estado sobre ciertos bienes esenciales para el avance social y la convivencia.

El carácter ideológico de esta decisión salta a la vista, si consideramos que recientemente la propia Sala Constitucional avaló la eliminación de otros dos monopolios establecidos a favor del Estado, específicamente el de seguros, así como el de telecomunicaciones. Tales regímenes hubieran podido mantenerse indemnes bajo una argumentación idéntica a la planteada para el caso de la Refinadora Costarricense de Petróleo. Sin embargo, no fue así, ya que el programa político se ha acentuado en otra dirección.

7.2) La dimensión institucional del control de razonabilidad

El control de razonabilidad de las leyes que lleva a cabo la Sala Constitucional no solamente funciona en un plano político, sino también en el que denominamos institucional, pues asegura que el régimen costarricense

de los derechos fundamentales, permanezca indemne, ante una intervención restrictiva por parte de la persona legisladora.

La jurisprudencia del tribunal es clara al establecer que las normas que pretendan restringir la esfera de derechos fundamentales de los individuos no deben vaciar el contenido esencial de los mismos. En la sentencia n.º 5965-1994 de las 15:51 hrs. del 11 de octubre de 1994, la Sala Constitucional afirmó que

[...] La mera restricción de los derechos, en cambio, refiere a situaciones más benignas, puesto que el contenido esencial de los derechos subsiste, pero se constriñe su extensión o las modalidades de su ejercicio, sin que sea posible eliminarlos o reducirlos a una dimensión en la que ya no se reconozcan [...].

Ahora bien, el ejercicio del control de razonabilidad y la determinación de la violación del contenido esencial se entrelazan, por cuanto, la última se ve develada por medio del primero, al evaluar la intensidad con la que se regula el derecho. En la resolución n.º 2134-1995 de las 15:00 hrs. del 2 de mayo de 1995, el Tribunal Constitucional puntualizó que

[...] corresponde al legislador dictar las leyes que regulen el derecho de propiedad intelectual, pero el legislador tiene como límite el contenido esencial de ese derecho. Debe tenerse presente que el legislador desconoce o viola el contenido esencial de un derecho, cuando crea normas que limitan, hacen impracticable, dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección [...].

De forma similar, en la sentencia n.º 6434-1998 de las 10:36 hrs. del 4 de septiembre de 1998, la Sala Constitucional explicó que

[...] cuando el legislador, con fundamento en un fin público, regula el ejercicio de un derecho fundamental y lo hace sin afectar su contenido esencial, dentro de los límites que le fija el principio de razonabilidad y proporcionalidad, establece el punto máximo de regulación que es posible en relación con ese específico derecho [...].

Por último, en la resolución n.º 6499-2002 de las 14:43 hrs. del 3 de julio de 2002, se señaló lo siguiente:

[...] En reiteradas ocasiones, la Sala ha indicado que ninguna (sic) libertad es irrestricta, sino adecuada a una serie de parámetros de racionalidad, cuyo objetivo es el logro del bien común y la justicia. Así las cosas, no es violatoria de la libertad, ninguna limitación que, dentro de márgenes de racionalidad, como se ha dicho antes, condicionen, restrinjan y limiten el ejercicio de la libertad. En otras palabras, la libertad debe ejercerse con responsabilidad, y toda acción ejecutada en el marco de la libertad, exige, por una regla de elemental ética, una dosis de responsabilidad. Los elementos que integran la razonabilidad en sentido técnico son esencialmente idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La idoneidad se traduce como la adecuación del medio al fin, es decir, que la norma debe ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido. La necesidad se refiere a la índole o magnitud de la limitación que por ese medio debe soportar un derecho o libertad, de manera que entre una variedad de medios posibles el elegido debe ser aquel que represente una limitación menor. La

proporcionalidad significa que, aunque el medio elegido sea el que represente una limitación menor, esta limitación debe ser proporcionada, es decir, no podrá ser de tal magnitud que implique vaciar de su contenido mínimo esencial el derecho o libertad en cuestión. [...].

Como ejemplo, podemos citar, la sentencia n.º 3495-1992 de las 14:30 hrs. del 19 de noviembre de 1992. En este asunto, se alegó la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley de la Moneda, numeral que dispuso la imposibilidad de contratar en moneda extranjera. La Sala Constitucional precisó que la medida atentaba contra el contenido esencial de la libertad de contratación, la libertad de empresa y la de comercio, pues los hacía impracticables. Esto lo efectuó mediante un análisis de la razonabilidad de la norma, lo que le permitió concluir que la libre estipulación del precio y el medio de pago integraban el contenido esencial de esas facultades.

8. Conclusiones

En nuestro país, la limitabilidad de los derechos fundamentales –como presupuesto sistémico de idéntico rango al de la inherencia de estos en la dignidad humana– está plenamente aceptada.

Así mismo, se considera la razonabilidad como una exigencia inspiradora, anterior a la propia Constitución Política y, en consecuencia, al sistema democrático.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha construido sus parámetros para el control de razonabilidad, a partir, tanto de los institutos norteamericanos como de los alemanes. Así, emerge en su jurisprudencia, como garantía no enumerada, el principio de razonabilidad constitucional, cuyo contenido presenta cierta oscilación entre la máxima general estadounidense de adecuación entre los medios y fines, y el principio de proporcionalidad alemán.

Inicialmente, nuestro Tribunal Constitucional alteró el principio de proporcionalidad, al introducir la exigencia de legitimidad, variar el de necesidad, tal y como es entendido en Alemania, e introducir como escalafón la necesidad social imperiosa, de forma idéntica a como lo emplea la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica. En la actualidad, aplica el principio de proporcionalidad según fue delineado por la doctrina alemana.

Recomendamos a nuestra Sala que defina su posición, ya sea construyendo unos parámetros propios para el principio de razonabilidad constitucional, o bien, si asume el contenido de los institutos extranjeros, consideramos necesario que busque una mayor precisión técnica en las resoluciones para eliminar equívocos. Estimamos importante, también, que la Sala Constitucional asuma un criterio específico para emprender el examen de razonabilidad. Desde nuestro punto de vista, es desventajoso que se manejen instrumentos de forma variable, pues tal práctica atenta contra la certeza jurídica.

En lo que al principio de igualdad se refiere, es posible afirmar, como ocurre en Estados Unidos y Alemania, que el principio de igualdad está íntimamente ligado al de razonabilidad constitucional y, de hecho, se superponen en ciertas ocasiones.

Finalmente, en cuanto a la dinámica donde se ejerce el control de razonabilidad, incluido el caso costarricense, comprobamos que, independientemente del criterio que se construya o asuma, este incide sobre dos planos: uno político y otro institucional. Al primero lo llamamos político, debido a que, cuando la Sala aplica el principio

de razonabilidad constitucional o el de igualdad, lleva a cabo una valoración de segundo grado, pues valora, a su vez, la ponderación que realizó la persona legisladora dentro del ámbito de su discrecionalidad, de los intereses y los principios constitucionales en juego, así como los medios disponibles para conseguir el fin inmediato de la Ley. El segundo lo denominamos institucional, pues garantiza que el régimen de derechos fundamentales costarricense permanezca ileso. Por medio de los criterios de razonabilidad adoptados, nuestro tribunal precisa si la reglamentación es de tal intensidad que vacía el contenido esencial del derecho, lo que posibilita esclarecer, en el caso concreto, si el núcleo ha sido lesionado.

Bibliografía

A) Libros

Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Dworkin, R. (1984). *Los Derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.

García Belsunce, H. (1984). *Garantías Constitucionales*. Buenos Aires: Depalma.

Gutiérrez, C. J. (1996). *Garantías de los Derechos Fundamentales*. En La jurisdicción Constitucional y su influencia en el Estado de Derecho. San José: Editorial de la Universidad Estatal a Distancia. (Comp) Bertolini A., Fernández H.

Hernández Valle, R. (1993). *“Legitimación Democrática de los Tribunales Constitucionales” en La Jurisdicción Constitucional*. San José: Editorial Juricentro. (comp) Trejos G.

_____. (2002). *El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica*. San José: Editorial Juricentro.

Linares, J. F. (1970). *Razonabilidad de las Leyes: El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hermanos.

Martin Retortillo, L. y de Otto y Prado, I. (1988). *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas.

Muñoz Quesada, H. A. (1993). *La Sala Constitucional como Poder Político en “La Jurisdicción Constitucional”*. San José: Editorial Juricentro. (comp) Trejos G.

Piza Escalante, R. (1993). *Los Límites del Poder Legislativo. En “La Jurisdicción Constitucional”*. San José: Editorial Juricentro. (comp) Trejos G.

Quiroga Levié, H. (1987). *Curso de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediciones Depalma

Sánchez Gil, R. (2007). *El Principio de Proporcionalidad*. Distrito Federal, Estados Unidos Mexicanos: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.

Sánchez Morón, M. (1994). *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. Madrid: Grafiris.

Sola, J. V. (2001). *Control Judicial de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

B) Artículos de Revista

Borowski (2000). *La restricción de los Derechos Fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional. Número 59, página 29.

Manavella, Carlos (2001). Irrazonabilidad y desproporcionalidad en la reforma al artículo 74 de la Ley Orgánica de la Caja Costarricense de Seguro Social. *Revista Iustitia*. Número 169-170, 7.

Murillo, Mauro (2001). Sobre los límites del control constitucional de razonabilidad. *Revista Iustitia*. Número 169-170, 4.

C) Normativa

Asamblea Nacional Constituyente. (2005). Constitución Política de la República de Costa Rica. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Asamblea Legislativa. (2004). Ley de la Jurisdicción Constitucional. San José: Editorial IPECA.

Asamblea Legislativa. (2006). Ley General de la Administración Pública. San José: Editorial IPECA.

D) Jurisprudencia

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Voto 1147-1990, San José a las dieciséis horas del veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa.

Voto 550-1991, San José, a las dieciocho horas y cincuenta minutos del quince de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Voto 1420-1991, San José, a las nueve horas del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y uno.

Voto 1372-1992, San José, a las catorce horas y cincuenta minutos del veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Voto 1440-1992, San José, a las quince horas y treinta minutos del dos de junio de mil novecientos noventa y dos.

Voto 1739-1992, San José, a las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

Voto 3495-1992, San José, a las catorce horas treinta minutos del diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Voto 5058-1993, San José, a las catorce horas veinte minutos del catorce de octubre de mil novecientos noventa y tres.

Voto 0486-1994, San José, a las dieciséis horas tres minutos del veinticinco de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Voto 5965-1994, San José, a las quince horas con cincuenta y un minutos del once de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Voto 2134-1995, San José, a las quince horas del dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

Voto 3872-1996, San José, a las quince horas dieciocho minutos del treinta de julio de mil novecientos noventa y seis.

Voto 7044-1996, San José, a las diez horas nueve minutos del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

Voto 2597-1997, San José, a las quince horas treinta y nueve minutos del 13 de mayo de mil novecientos noventa y siete.

Voto 06434-1998, San José, a las diez horas treinta y seis minutos del cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y ocho.

Voto 08858-1998, San José, a las dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

Voto 5236-1999, San José, a las catorce horas del siete de julio de mil novecientos noventa y nueve.

Voto 3021-2000, San José, a las ocho horas con cincuenta y siete minutos del catorce de abril del 2000.

Voto 11518-2000, San José, a las catorce horas cincuenta y dos minutos del veintiuno de diciembre de 2000.
Voto 6499-2002, San José, a las catorce horas cuarenta y tres minutos del tres de julio de 2002.

Voto 05374-2003, San José, a las catorce horas con treinta y seis minutos del veinte de junio de dos mil tres.

Voto 07180-2005, San José, a las quince horas con cuatro minutos del ocho de junio de dos mil cinco.

Voto 01806-2006, San José, a las catorce horas con cincuenta y cinco minutos del quince de febrero del dos mil seis.

Voto 18486-2007, San José, a las dieciocho horas con cuarenta y seis minutos del diecinueve de diciembre de dos mil siete.

